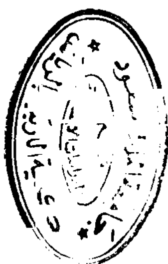
جامعة الملك سعود
كلية التربية
الدراسات العليا
قسم الفقه وأصوله



مسئولية الطبيب المهنية

دراسة تأصيلية

مقارنة بين الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة

إعداد الطالب
عبدالله بن سالم الغامدي

إشراف الدكتور
علي محمد حسنين حماد

عام/١٤١٤هـ

جامعة الملك سعود
كلية التربية
الدراسات العليا
قسم الفقه وأصوله

مسئولية الطبيب المهنية

دراسة تأصيلية
مقارنه بين الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصره

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير
قسم الفقه وأصوله ـ كلية التربية ـ جامعة الملك سعود

إعداد الطالب
عبد الله بن سالم فرحه الدوقي الغامدي

شهر شوال سنة /١٤١٤هـ

مسئولية الطبيب المهنية

دراسة تاصيلية
مقارنه بين الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصره

إعداد الطالب

عبد الله بن سالم فرحه الدوفي الغامدي

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ ٢٦ من ذو القعدة لعام/١٤١٤هـ
وتمت إجازتها

المشرف

أ.د. علي محمد حسنين حماد

أعضاء اللجنة

أ.د/ سيد نعمان السامرائي
د. أبو بكر إسماعيل ميقا

تنويـــــه

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ،، وبعد :

يسرنـــــي أن أتقـــدم بالشكـــر والتقديـــر لأستاذي الفاضـل سعادة الدكتور/**على محمد حسنين حمّاد** الذى تفضّل مشكوراً بقبـول الإشراف على هذا البحث ، وكان لآرائه السديده وتوجيهاته الحكيمـــة الأثر الكبير فيما توصلت إليه من نتائج ، فجزاه الله عني خير الجزاء ، وأمـــده بالصحة والعافية والتوفيق.

كما أسأله سبحانه أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يسـدد مافيه من نقص وعيب ، وأن ينفع به جميع المسلمين.

والله الهادى إلى سواء السبيل.

الباحث

مقـــدمــــــه

لانعرف موضوعاً ثار حوله الجدل والخلاف الفقهي قدر موضوع تحديد المسئولية عن الأخطاء التي قد تقع مـــن الطبيب، أثناء قـيامــه بأعمــــال العلاج أومداواة جسد مريضه، سواء في الفقه الإسلامي، أو عند شراح القانون في النظم الوضعية، لاسيما وأن المسئولية في الأصل تعتبر من أهم الموضوعات وأشدها خطورة لأنها الأساس الذي يرتكز عليه الحكم بالعقوبة أو بالتعويض أو بكليهما.

ولقد أثار تطبيق القواعد العامة في المسئولية بنوعيها على الفنيين بصفه عامة الكثير من التساؤلات وبصفة خاصة على الأطباء. نظراً لكون أخطائهم من طبيعة خاصة، فليس من اليسير تحديد نوعها وماهيتها ومدى إعتبارها والسبب المباشر في إحداث الضرر أو التلف بجسم المريض، فقد لايكون خطأ الطبيب وحده هو السبب في إحداث الضرر بهذا القدر أو الدرجة بل قد يشاركه في ذلك عدم قابلية جسم المريض للعلاج، وهو أمر فني محض يختص بتقديره وتحديده أهل الخبرة المتخصصين.

وتبدو حساسية القول بالمسئولية الطبية بنوعيها من ناحيتين:-

الأولى : الحرص على حماية المرضى، مما قد يصدر من الأطباء من أخطاء، قـــد يكون لها آثار سيئة على صحة المريض وضمان توفير العناية الطبية اللازمة من خلال تأكيد قيام مسئولية الطبيب عن كل ضرر يحدث من جراء الفعل الذي قام به إذا كان قد تم على غير الوجه الصحيح له.

الثانية : هي توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، فالطبيب الذي يخشى ترتب المسئولية، سيَحجم عن الإقدام على فحص المريض أو علاجه بالطرق اللازمة التي تستدعيها حالته، فعمل الطبيب يجب أن يتم في جو كاف من الثقة والأمان.

لذلك فقد تطورت قواعد المسئولية الطبية تطوراً ملحوظاً، فلم يكن من المقبول في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ولكن مع استقرار مبادئ المسئولية المدنية أصبح من الممكن مساءلتهم عن الأخطاء العمدية، ثم تطورت بعد ذلك فأصبح رجال الطب مسئولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم[1].

ولقد تطورت المسئولية تطوراً كبيراً في العصر الحاضر، فلم يعد التزام الطبيب قاصراً على بذل العناية بل تحول الأمر إلى إلتزام بتحقيق نتيجة في بعض الحالات، التي يكون محلها محدداً تحديداً دقيقاً كجراحات التجميل على سبيل المثال أو لاتحتمل أية صعوبة بالنسبة للطبيب العادي نظراً للتقدم العلمي الذي أحرزه الطب في كثير من المجالات التي لاتتضمن عنصر الإحتمال اللصيق بغالبية الأعمال الطبية مثل حالات نقل الدم والتحاليل الطبية.

دوافع اختيار هذا الموضوع:

كثرت في الآونة الأخيرة الدعاوى، التي تقام أمام جهات القضاء، ويكون موضوعها إدعاء المريض بأن الطبيب قد أخطأ في العلاج الدوائي أو الجراحي، كذلك تطالعنا الصحف بين الحين والآخر عن حوادث وتحقيقات يكون الطرف المتهم فيها الطبيب، وقد يكون الطبيب في بعض هذه الحالات قد اتخذ كل مابوسعه من جهد

١- محمد حسين منصور-المسئولية الطبية المدنيه -دار الجامع الجديد للنشر-مصر- ص٦.

لتحقيق الشفاء للمريض، ولكن قد لا يستجيب جسد هذا الأخير للعلاج، مما قد يأتي بنتيجه غير التي كان يتوقعها، فلا يكون أمامه من سبيل، إلا الزج بالطبيب أمام القضاء، لمساءلته عن الضرر الذي أصابه.

ولايخفى مايمكن أن يؤدي إليه هذا من إرهاب الأطباء، وإقدامهم على العلاج وهم مترددون، يخشون الوقوع تحت طائلة العقاب أو الجزاء المالي، إلا أن هذا القول لايعني غض النظر عن الأخطاء، التي قد يأتي بها الطبيب غير المتخصص الذي يتصدى لعلاج أو مداواة حالة لاتدخل في تخصصه، أو يأتي بأعمال العلاج وهو في غير حالته العادية، أي تحت تأثير مخدر أو عن عدم يقظة أو إهتمام، فينتج عن عمله الإضرار بالمريض الذي كان نصيبه أن يمثل أمامه للعلاج.

ولذلك كان الدافع إلى إهتمامنا بهذا الموضوع، هو الوصول إلى وضع الضوابط الشرعية، التي يمكن التعويل عليها للقول بقيام مسئولية الطبيب المدنية أو الجنائية عن الخطأ الذي يصدر منه موضحين الصور والأمثلة العملية للأخطاء التي قد تقع من الطبيب سواء في الشريعة الإسلامية، فضلاً عن توضيح وتقويم مسئولية الطبيب في النظام السعودي المطبق، أو النظم الوضعيه والجزاءات التي يتم توقيعها وفرضها عند ثبوت خطأ الطبيب.

خطة البحث

وقد كانت خطتي لدراسة هذا الموضوع تتكون من مقدمة وخمسة فصول وخاتمه وذلك وفقاً للآتي:

المقدمه: وقد أوضحت بها أهمية الموضوع وسبب إختياره.

الفصل الأول: المسئولية بوجه عام.

المبحث الأول: تعريف المسئولية.

المبحث الثاني: الأساس الشرعي والقانوني للمسئولية.

الفصل الثاني: مسئولية الطبيب الجنائية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية.

المبحث الأول: حفظ النفس وسلامة الجسد.

المبحث الثاني: تعريف مسئولية الطبيب الجنائية.

المبحث الثالث: أركان مسئولية الطبيب الجنائية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية.

الفصل الثالث: مسئولية الطبيب المدنية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية.

المبحث الأول: تحديد معنى مسئولية الطبيب المدنية.

المبحث الثاني: أركان مسئولية الطبيب المدنية.

المبحث الثالث: مصدر مسئولية الطبيب المدنية.

المبحث الرابع: مسئولية الطبيب المدنية في ضوء النظام السعودي.

الفصل الرابع: إثبات مسئولية الطبيب وآثارها.

المبحث الأول: إثبات مسئولية الطبيب في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية.

المبحث الثاني: آثار مسئولية الطبيب.

والله نسأل التوفيق والسداد

الباحث

الفصل الأول

{ المسئولية بوجه عام }

الفصل الأول

المسئولية بوجه عام

لاقيام لإلتزام بتعويض، أو وضع شخص ما في موضع المؤاخذة، قبل ثبوت مسئوليته عن الفعل الذي أتاه، والذي الحق الضرر والأذى بالمجني عليه، وحيث لايتصور القول بوجود التزام بدون سبب، كذلك لايتصور القول بوجود المسئولية ووجوب المساءلة دون وجود فعل أحدث ضرراً بالغير.

لذلك نتناول في هذا الفصل، تعريف المسئولية في مبحث أول، ثم نحاول الوقوف على الأساس الشرعي، والقانوني للمسئولية، وذلك في مبحث ثاني، ليتضح لنا من خلال هذا الإستعراض الموجز التصور العام لفكرة المسئولية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية.

المبحث الاول

تعريف المسئولية [٢]

أولاً: تعريف المسئولية في اللغة: المسئولية مصدر صناعي، معناه كون الإنسان محلٍ للمؤاخذةِ مسئولاً عن أعماله، أو هي اسم مفعول منسوب إليه مأخوذ من سأل يسأل سؤالاً. واسم الفاعل من سأل سائل وهم سائلون واسم المفعول، مسئول وهم مسئولون[٣]. والسؤال مايسأله الأنسان وقرئ (قد اوتيت سؤلك ياموسى) بالهمز وبدون همز، وتساؤلوا سأل بعضهم بعضا[٤].

ويطلق لفظ المسئولية في اللغة على معاني منها:

١- المطلوب الوفاء به، ومن ذلك قوله تعالى (وأوفوا بالعهد إن العهدَ كان مسئولا[٥])، أي مطلوباً الوفاء به.

٢- الشيء المحاسب عنه، ومن ذلك قوله تعالى ﴿إن السمعَ والبصرَ والفؤادَ كل أولئك كان عنه مسئولا﴾[٦]. أي مسئولاً عنه صاحبه ومحاسباً عليه وقوله ﷺ «كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته»[٧] .

والتعبير بلفظ المسئولية، يدل على وجود سائل ومسئول عنه، وجزاء يترتب على نتيجة هذه المساءلة قال تعالى﴿قل لاتسألون عما أجر منا ولانسأل عما

٢- مصدر صناعي من مسئول. والمصدر الصناعي هو ماأنتهت بياء مشددة وتاء كالقابلية والمسئولية والحرية/ محمد العدناني معجم الأغلاط اللغويه المعاصرة -مكتبة لبنان ط ١٩٨٩م. باب السين ص٢٩٥.

٣- أبو الفضل بن منظور الإفريقي/لسان العرب دار صادر بيروت ١٣٧٥هـ-جـ١٣ ص ١٧٢٣.

٤- مجد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي-القاموس المحيط-دار الجيل-بيروت-حـ٣ (فصل السين باب اللام).

٥- الإسراء آية ٣٤.

٦- الإسراء آية ٣٦.

٧- صحيح البخاري المطبعة الخيرية - القاهرة ١٣٧١هـ، جـ٣ ص ١٨٩.

تعملـــون﴾.[٨] وقال تعالى ﴿فلنسألن الذين أرسل إليهم ولنسألن المرسلين﴾.[٩] وقال تعالى ﴿تلك أمة قد خلت لها ما كسبت ولكم ماكسبتم ولاتسألون عما كانوا يعملون﴾.[١٠] أي أن المسئولية لفظاً تعني التبعة، وهي مشتقة من لفظ سأل يسأل سؤالاً ومسألة.[١١]

ثانياً: تعريف المسئولية إصطلاحاً:

أ- في الإصطلاح الشرعي: ورد على لسان فقهاء الشريعة التعبير بلفظ الضمان[١٢] للدلالة على مسئولية الشخص تجاه غيره، ومايلتزم به في ذمته من مال أو عمل، وعرف فقهاء الشريعة الضمان بتعريفات نذكر منها مايلي قولهم: الضمان عبارة عن غرامة التالف[١٣]، وقال بعضهم الضمان هو رد مثل الهالك أو قيمته[١٤]، أو الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات[١٥].

«ويذهب رأي إلى تعريف الضمان بأنه إلتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»[١٦] وعرف الأستاذ وهبه الزحيلي، الضمان بأنه الإلتزام بتعويض الغير، عما لحقه من

٨- سورة سبأ آيه ٢٥.

٩- الأعراف آية ٦.

١٠- البقره آية ١٤١.

١١- القاموس المحيط باب السين ص ٤١١.

١٢- الدرديري-الشرح الكبير-مطبعة مصطفى الحلبي-القاهرة-١٣٧٧، جـ٣ ص ٣٢٩، وأيضاً راجع محمد بن أحمد الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج -مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٧٧هـ، ص ١٧٨، ابن قدامة بن أحمد المقدسي- شرح مختصر الخرقي-دار المنار-مصر ١٣٦٧هـ، ص ٥٣٤.

١٣- الإمام محمد بن علي الشوكاني-نيل الأوطار -دار التراث بيروت-لبنان جـ٥، ص ٢٩٩.

١٤- السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر طبع دار الكتب - بيروت ١٤٠٥هـ،جـ٢، ص٢١١.

١٥- مجلة الأحكام العدليه المادة (٤١٦) صـ٢٣٥.

١٦- مصطفى أحمد الزرقاء-المدخل الفقي العام- مطبعة ألف باء-دمشق -سوريا-١٩٦٨هـ، ص ١٠٣٢، ق٦٤٨.

تلف المال، أوضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي، الحادث بالنفس الإنسانية[١٧].

ولعل اقرب التعاريفات في رأينا، هو ذلك الذي يرى أن الضمان هو شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر[١٨]، ويمكن القول بأن هذه التعاريف جميعها لاتخرج عن مفهوم المسئولية، بل إن التعبير بلفظ المسئولية يستغرق ذلك كله، وقد إختار إستاذنا مصطفى الزرقاء التعبير بلفظ المسئولية بدلاً من الضمان لشموليته وعمومه[١٩] وسبقه إلى ذلك عبد القادر عوده في كتابه التشريع الجنائي في الإسلام، وهذا ماحدا بالدكتور وهبه الزحيلي إلى التوسع في تعريفه للضمان، ليتفق مع مدلول المسئولية بصفة عامة، وعبر عن هذا الاتجاه صراحة في كتابه[٢٠].

نخلص من هذا إلى أن لفظ الضمان بمعناه الواسع يقترب من لفظ المسئولية، إذ أن المسئولية هى إلزام شخص بضمان الضرر الواقع بالغير نتيجة لتصرف قام به[٢١]، أو لدى بعضهم الآخر[٢٢] هي صلاحية الشخص البالغ لتحمل نتائج فعله.

١٧- وهبه الزحيلي نظرية الضمان في الفقه الإسلامي-دار الفكر-دمشق ١٤٠٢هـ، ص ١٥.

١٨- محمد فوزي فيض الله- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي- دار التراث-الكويت١٤٠٣هـ، ف ٦٤٨.

١٩- مصطفى الزرقاء - الفعل الضار والضمان فيه-دار القلم دمشق - طبعة أولى ١٤٠٩هـ، ص٦٢، ٦٣.

٢٠- وهبه الزحيلي -نظرية الضمان- ص ١٥.

٢١- يمكن تحديد الفرق بين الأهلية والمسئولية بأن الأهلية صفة لازمة للإنسان بموجبها يكون قادراً على مباشرة الاعمال سواءً باشرها أم لا، بينما المسئولية ليست صفة لازمة للإنسان، وإنما ينظر إليها عند وقوع العمل فعلا، أما قبل وقوع الفعل فلا يكون الإنسان مسئولاً ولا يوجد أي إرتباط بين الأهلية والمسئولية لأنه قد يكون الإنسان فاقد الأهلية إلا أنه في حالة تسببه في وقوع أضرار للآخرين يكون مسئولاً - إنظر(عوارض الأهلية عند الأصوليين للدكتور حسين خلف الجبوري - مطبوعات جامعة أم القرى بمكة المكرمة الطبعة الأولى عام ١٤٠٨هـ ص١١٨).

٢٢- محمد بن سليمان الخلف المسئولية الجنائية في جرائم الإعتداء على النفس ومادونها في الفقه الحنبلي-رسالة ماجستير مقدمة لقسم الدراسات الإسلامية كلية التربية بجامعة الملك سعود ١٤٠٣هـ، ص ١٢-١٣.

وهذا التعريف لايصادف قبولاً لدي، لأن التعبير بلفظ الصلاحية يعني توافر صفة ملازمة للشخص قبل إتيان الفعل، أي قبل قيام المسئولية أصلاً على حين أن المسئولية، لاتقوم إلا بعد القيام بالفعل الذي سبب ضرراً للغير، وهذا التعريف إنما يكون قريب الصلة بالأهلية عنه بالنسبة للمسئولية.

وأرى أن لفظ المسئولية يعني تحمل الشخص تبعة تصرفه في الدنيا والآخرة، واطراف المسئولية الفاعل والمضرور والتصرف، والفاعل هو الشخص الذي يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

والمضرور هو المجني عليه أو المصاب من أثر الفعل الذي قام به الفاعل.

والتصرف: يشمل القول والعمل والامتناع، وإضافة لفظ في الدنيا والآخرة يعني الإشارة إلى طبيعة وعموم المسئولية في الشريعة الإسلامية، فهي في الدنيا مسئولية نظامية «قانونية»، وهي مسئولية لابد منها لاصلاح نظام الحياة واستقرار الأمن وإقامة العدل وتوزيعه ومنع الظلم والعدوان، وهي في الأخرة مسئولية مؤجلة إلى يوم الحساب.

ب- **في الاصطلاح القانوني:** يعرف القانونيون المسئولية بأنها: «تحمل المرء نتائج أعماله، والتعويض عن الضرر الذي يسببه للغير»[٢٣] وعرفها السنهوري بقوله هي(تعويض الضرر الناشيء عن عمل غير مشروع)[٢٤]، ويذهب رأي إلى تعريفها فيقول: «هي حالة الشخص الذي إرتكب أمراً يستوجب المؤاخذة»[٢٥] فإذا كان ذلك الأمر مخالفاً لقواعد الأخلاق، وصفت بأنها مسئولية أدبية، لايعدو أن يكون جزاؤها إستهجان المجتمع للفاعل، وإذا كان الأمر مخالفاً للقانون كانت

٢٣- د. جميل الشرقاوي - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية -مصر- ١٩٧٢م ، ص ٤٥٠ ومابعدها.

٢٤- عبد الرزاق السنهوري الموجز في النظرية العامة للإلتزامات-دار الفكر- مصر - ص٣١١.

٢٥- المستشار حسين عامر المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية-ط الثانية - ١٩٧٩م، ص ٣.

المسئولية قانونية وهي على نوعين: المسئولية العقدية التي تنشأ كأثر للإخلال بالعقد والتزاماته، والمسئولية التقصيرية التي تقوم على الفعل والضرر وعلاقة السببية.

وأياً كان الأمر، فإن المسئولية القانونية لاتختلف في مفهومها، لدى فقهاء الشريعة الإسلامية إلا من حيث نطاقها.

فهي في القانون الوضعي، دنيوية فقط على حين أنها في ظل الشريعة الغراء دنيوية وأخروية[٢٦]، والمسئولية الدنيوية، تفترض كما سلف القول، وجود فاعل على إختلاف وصفه أو مهنته أو شخصه فكل ما يصدر عنه من تصرف يلحق الضرر أو الأذى بغيره، يكون محلاً للمساءلة، ويمكن أن يكون الطبيب أحد أطراف هذه المسئولية، عندما يحيد عن الأصول الفنية والمهنية.

٢٦- د.ر وهبه الزحيلي- مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي - جامعة الملك عبد العزيز- جدة- العدد الثالث عام ١٤٠٠ ، ص٥٧.

المبحث الثاني
الأساس الشرعي والقانوني للمسئولية

١- معنى الأساس:

الأساس في اللغة: هو الأصل الذي يبنى عليه غيره، ومن ذلك قولهم أساس البناء أي القاعدة التي يبنى عليها[٢٧]، وتأسيس البناء أي تثبيته ورفعه[٢٨] وأس الدار أي بنى حدودها، ورفع قواعدها، والجمع أسس[٢٩]، وقد ورد ذكر هذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى (أفمن أسس بنيانه على تقوى من الله ورضوان خير أم من أسس بنيانه على شفا جُرُفٍ هارٍ فانهار به)[٣٠] والأساس في الأصطلاح: هو الأصل الذي يقوم عليه غيره أو هو: «مابني عليه غيره ولايبنى هو على غيره».

وقد اردنا بالقول بأساس المسئولية: بيان الأصل، الذي تبنى عليه المسئولية، والمناط الذي تتعلق به وجوداً وعدماً.

٢- أساس المسئولية في الشريعة الإسلامية:

تفرق الشريعة الاسلامية بين أساس مسئولية الإنسان عن تصرفاته المدنية وأساس مسئوليته عن تصرفاته الجنائية[٣١].

ففي نطاق المسئولية المدنية، تقوم المسئولية على أساس مادي هو: الضرر[٣٢]، فحيثما وجد الضرر تكون المسئولية سواء صدر هذا الضرر من عاقل رشيد أو من

٢٧- القاموس المحيط جـ٢ ص١٩٧.

٢٨- الشوكاني- فتح القدير-جـ٢، ص ٤٠٣.

٢٩- حمد بن علي المصري الفيومي-المصباح المنير-وزارة المعارف-القاهرة ١٩٧٧م، جـ(٢).

٣٠- سورة التوبة الآية ٩.

٣١- وهبة الزحيلي - نظرية الضمان ص ٣٠.

٣٢- الزحيلي-نظرية الضمان ص ٣٠١، وكذلك المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني صـ٢٧٧ ومابعدها.

قاصر مجنون إذ لاعبرة هنا بالقصد والإدراك والإختيار[٣٣].

إذ يعتبر الفعل الضار أساساً للمسئولية، وسبباً للضمان، ولو كان صادراً من قاصر، ذلك لأن الإتلاف سبب للمسئولية سواء كان هذا الإتلاف عمداً، أم خطأً، أم سهواً، فالضمان جزاء فعل.

وفي ذلك يقول: عز الدين بن عبد السلام[٣٤] «الجوابر مشروعة، لجلب مافات من المصالح، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد، والغرض من الجوابر جبر مافات من مصالح حقوق الله، وحقوق عباده، ولايشترط في ذلك أن يكون فيمن وجب عليه الجبر آثماً، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل، والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان، بخلاف الزواجر، فإن معظمها لاتجب إلا على عاصٍ زجراً له عن المعصيه»[٣٥].

أما في نطاق المسئولية الجنائية: فقد فرقت الشريعة بين العمد والخطأ فيعاقب الجاني بالقصاص أو بالحد، إذا كان كبيراً راشداً مختاراً متعمداً فإن لم تتوفر نية العمد في فعله وجب الضمان المالي.

٣٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن سعود الحنفي طبع دار الكتاب العربي -لبنان -١٤٠٢هـ ،١٩٣٠م.

- نهاية المحتاج/شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الرملي/مطبعة البابي الحلبي/مصر ١٣٥٧هـ.
- منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي سنة ١٠٥١هـ. مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - جـ١، ص ٧٤٠.

٣٤- هو الإمام العز بن عبد السلام بن عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي السلمي الملقب «بسلطان العلماء» ولد رحمه الله سنة ٥٧٧هـ إشتهر بمواقفه المشرفه في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر توفي رحمه الله بالقاهرة سنة ٦٦٠هـ، من مؤلفاته قواعد الأحكام.

٣٥- عز الدين بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام دار الشرق للطباعة -مصر-١٣٨٨هـ، ص١.

فأساس المسئولية الجنائية، الإدراك والاختيار، لذلك فمحلها الإنسان المدرك المختار[٣٦].

قال الله تعالى ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم ﴾[٣٧] وقال ﷺ وسلم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»[٣٨].

فالآية والحديث يدلان، على سقوط المسئولية الجنائية بسبب الخطأ أو النسيان وعدم معاقبة الصبي والنائم والمجنون.

فناقصوا الإدراك من الصغار المعتوهين ومن في حكمهم، لايسألون كالمدركين العقلاء، ولم تجعل العقاب على أوليائهم، ومن إنيط بهم مسئولية رعايتهم ولم تعفهم من العقاب مطلقاً. بل فرقت بين حالة الإعتداء على الأموال وحالة الإعتداء على النفس أو الأعضاء.

فأوجبت الضمان عليهم وحدهم في الحالة الأولى، إذ الغرم بالغنم. وفي الحالة الثانية، أسقطت عنهم القصاص وأوجبت عليهم الدية، وحملتها العاقلة نيابة عنهم[٣٩].

٣- أساس المسئولية في القوانين الوضعية:

أ- *في نطاق المسئولية المدنية:*

لم تكن القوانين الوضعية، تفرق بين أساس المسئولية المدنية، والمسئولية

٣٦- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن جزي الكلبي-القوانين الفقهية-دار الكتاب العربي-بيروت-١٤٠٤هـ، ص٣٤٥.

٣٧- سورة البقرة آيه رقم ٢٨١.

٣٨- رواه البخاري - أنظر فتح الباري-شرح البخاري-للإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني-الطبعة الأولى دار الريان للتراث-القاهرة،١٤٠٧هـ، جـ٩، حديث ٥٢٧١، ٥٢٧٢.

٣٩- عبد القادر عوده -التشريع الجنائي الإسلامي-دار الكتاب العربي-بيروت، جـ١، ص ٣٨٢، وراجع أيضاً محمد أبو زهرة-الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي -بيروت- ص (٤٠).

الجنائيـة، بل كانت تأخذ بفكرة الخطأ كأساس للمسئولية بوجه عام[٤٠] وقد كانت الجرائم المدنيه محددة في الماضي على سبيل الحصر، كجرائم القانون الجنائي في الوقت الحاضر، وأستمر هذا الوضع إلى أن جاء «دوما» أحد رجال القانون الفرنسي القديم، والذي أوجد حكماً عاماً يقضي بالمسئولية المدنية عن كل خطأ، حيث قرر في كتابه «القوانين المدنية»، بأن «كل الخسائر والأضرار التي تقع بفعل شخصي سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة، أو الجهل بما تجب معرفته، أو أي خطأ مماثل مهما كان هذا الخطأ بسيطاً، يجب أن يقوم بتعويضها من كان عدم تبصره أو خطئه سبباً في وقوعها»

وقد أخذ قانون نابليون، وتبعه القانون المصري بهذا التوجه حيث إعتبرا الخطأ أساس المسئولية، ووضعا نصاً عاماً، يقضي بالمسئولية عن كل خطأ[٤١].

والمعيار في هذين القانونين، معيار شخصي، إذ لابد من إثبات الخطأ، ومفهوم الخطأ عند القانونين يرادف التعدي عند الفقهاء فالخطأ هو التعدي الذي يقع من الشخص في تصرفه بمجاوزة الحدود التي يجب عليه الإلتزام بها في سلوكه شرعاً أو قانونا[٤٢].

ونظراً للتقدم الصناعي الكبير، وازدياد الأخطار من الآلات الصناعية فقد برز ركن الضرر في المسئولية التقصيرية حتى كاد أن يطغى على ركن الخطأ.

وأصبحت الاستثناءات تكاد تطغى على قاعدة الخطأ الثابت، وخرج حديثاً إلى حيز الوجود مايعرف لدى القانونيين بالمسئولية القائمة على تحمل التبعة، وهذا النوع

٤٠- عبد الرازق السنهوري - الموجز في النظرية العامه للالتزامات- ص٣٢، ٣٢١.

٤١- السنهوري -الموجز في النظرية العامة للإلتزامات ص٣٢١.

٤٢- فوزي فيض الله / نظرية الضمان ص ٩٢-٩٣.

من المسئولية، مبني على إفتراض وجود الضرر[٤٣] وظهر في مجال الفقة القانوني أساس جديد لصورة من صور المسئولية عن حوادث العمل، وهي نظرية تحمل التبعة أي تبعة التعرض للخطر وكان من آثار هذه النظرية رفع العبء في الإثبات عن عاتق العامل أو ورثته، وعلى صاحب العمل أن يثبت مخالفة العامل للإلتزامات التي ينص عليها عقد العمل، أو عدم إرتباط الحادث بالعمل، وجدير بالذكر مانلحظه من اتجاه بعض القوانين المدنية الحديثة كالقانون الألماني، وقانون الإلتزامات السويسري، والقانون البولوني نحو الأخذ بما سبق أن إستقر الفقه الاسلامي عليه من حيث عدم ربط المسئولية بالتمييز، بل إقامتها على الضرر وليس على الخطأ الذي يفترض التمييز، بل أن القانون السوفيتي سار إلى حد بناء المسئولية التقصيرية على أساس الخطأ المفترض.

ب- ***في نطاق المسئولية الجنائية:***

لقد كانت القوانين الوضعية، وإلى ماقبل الثورة الفرنسية، لاترى فرقاً بين الإنسان أو الحيوان أو الجماد، فالجميع أمام القانون سواء فيما يتعلق بالمسئولية، حيث يسأل كل منهم عما يحدثه من أضرار، أو ماينسب إليه من أفعال.

ولقد كان الحيوان بل الجماد عرضة للعقاب، وكانت العقوبات تمتد إلى المتوفين في قبورهم، وليس هنالك فرق بين رجل أو طفل أوبين مدرك وفاقد للإدراك، بل كل إولئك سواء، فالمسئولية مادية بحتة.

ثم جاءت الثورة الفرنسية، فأخذت تقيم المسئولية الجنائية على أساس العدالة، وجعلت الإدراك والاختيار أساساً للمسئولية[٤٤].

٤٣- السنهوري الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص٣٢١.

٤٤- جندي عبد الملك -الموسوعة الجنائية - مصر- المجلد٣ ص ٦٥.

فأصبح الإنسان الحي المدرك المختار هو وحده المسئول ورفعت المسئولية عن المكره وفاقد الإدراك.

بل إنها غيرت كثيراً من المباديء البالية، التي تعارف عليها القانون الجنائي، فأقرت مبدأ شخصية العقوبة، ولاجريمة ولاعقوبة إلا بنص[٤٥].

٤٥- عبد القادر عوده التشريع الجنائي، جـ١، ص ٣٨٢.

الفصل الثانى

{ مسئولية الطبيب الجنائية }
{ بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية }

الفصل الثاني

مسئولية الطبيب الجنائية
بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية

تمهيد

الطبيب شأنه في ذلك شأن أي شخص يكون محلاً للمسئولية، عندما يأتي بفعل على خلاف ما تقضي به الأعراف الطبية والأصول الفنية والمهنية، فيكون من أثر ذلك إلحاق الأذى والضرر بالمريض، لأن الطبيب مكلف ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وبذل العناية يفترض إتفاقها مع الأصول الفنية المتعارف عليها، ويكون في غير ذلك مسئولاً عما أحدثه بالآخرين من ضرر. وفي هذا الفصل نعرض للإلتزام بحفظ النفس والجسم في ظل الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية وذلك في مبحث أول، ثم تعريف المسئولية الجنائية للطبيب في مبحث ثان، وأخيراً أركان المسئولية الجنائيه للطبيب في مبحث ثالث.

المبحث الاول
حفظ النفس وسلامة الجسد
فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية
الفرع الاولا
في التشريع الإسلامي

لقد أحاطت الشريعة الإسلامية النفس البشرية بسياج من الحماية والرعاية، لا يوجد لها نظير في أي نظام قانوني آخر وذلك إنطلاقاً من نظرتها للإنسان، وأهميته في الوجود، فقد أكدت على حقه في الحياة، وجعلت هذا الحق من الضرورات التي يحفظها الدين العظيم، بل إن حفظ النفس هو المقصد الثاني من مقاصد الشريعة الاسلامية[٤٦]، وفي هذا يقول العلامة أبو حامد الغزالي[٤٧](إن مقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة)، وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في مرتبة الضروريات فهي أقوى المراتب في المصالح، وقد تفرع عن هذه الضرورة العظيمة ضرورة حفظ النفس وهي توجب إلتزاماً على الإنسان تجاه نفسه وآخر تجاه غيره، ونعرض لكل من هذين الواجبين على النحو التالي:-

---

٤٦- أبو حامد الغزالي / المستصفى-مطبعة الحلبي - مصر- ١٣٥٦هـ، جـ١، ص ٢٨٧ .

٤٧- هو حجة الإسلام حامد بن محمد بن عمر بن محمد بن محمد الغزالي ولد بطوس سنة خمسين وأربعمائة وله ما يقرب من مائتي مؤلف منها: إحياء علوم الدين، والمستصفى في أصول الفقه ، وتهافت الفلاسفة وفضائح الباطنية والمنقذ من الضلال ومات سنة ٥٠٥هـ . (عبد الحي العماد الحمبلي-شذرات الذهب-مكتبة المقدسي-مصر١٣٠٥هـ، ص ٤ وكذلك وفيات الأعيان للإمام بن العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر-مطبعة السعادة-مصر ١٣٦٧هـ، جـ٤، ص٢١٦.

١- واجب المرء تجاه نفسه .

إن النفس والجسد ملك لله تعالي، وليست ملكاً للإنسان، وإن كان له حق الإنتفاع والاستمتاع بها[٤٨]، وعلى ذلك فلا يجوز له التعدي على نفسه، أو الإضرار بها سواء كان هذا التعدي مباشراً كالقتل، أو غير مباشر كتكليفها مالا تطيق، أو تعريضها للمخاطر والأذى وعدم الأخذ بأسباب الشفاء والتداوي .

قال تعالى ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾[٤٩]، وقالﷺ« من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يجأ بها بطنه يوم القيامة في نار جهنم خالداً مخلداً أبداً ومن قتل نفسه بسم تردى فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالداً فيها أبدا »[٥٠]وقال تعالى﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾[٥١]، وفي هذه الآية دليل على تحريم الإقدام على ما يخشى منه تلف النفس، أو عضو منها أو الدخول في عمل محرم، يكون مصيره النار في الآخرة، فليس للإنسان أن يقتل نفسه، أو يتلف أعضاء جسمه لأن الحق في سلامة الجسد في الحياة، [illegible] حق لله ، وقد بلغت حرمة الجسد الإنساني لدى بعض الفقهاء[٥٢] إلى الحد الذي جعلهم يذهبون إلى أن ما سقط منه أوزال عنه فحظه من الحرمة قائم ويجب دفنه[٥٣]والإنسان مأمور باللبس والأكل والشرب والسعي من أجل ذلك حتى لا يعرض نفسه للمخاطر، وفي هذا يقول الله

٤٨- عبد السلام عبد الرحيم السكري-نقل وزراعة الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي-دار المنار للنشر والتوزيع-مصر، ١٤٠٨هـ، ص ٨٩ .

٤٩- سورة النساء الآية ٢٩ .

٥٠- صحيح البخاري-جـ٧ كتاب الطب - باب شرب السم ص ١٨١-كذلك أنظر سنن الترمذي-مطبعة الحلبي - مصر-١٣٩٨هـ، جـ٤، ص ٣٣٨.

٥١ البقرة الآية ١٩٥ والآية عامة لاحتمال اللفظ لذلك . إذ العبره بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

٥٢- د. عبد السلام السكري - نقل وزراعة الأعضاء الأدمية - ص ٨٩ .

٥٣- الإمام أبي عبد الله القرطبي-الجامع لأحكام القرآن-دار الكتب المصرية - مصر-١٣٥٦هـ (جـ٢) وأيضاً الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري الشهير بإبن حزم المحلى-المطابع المنيرية، ١٣٥٠هـ، جـ ١ ص١١١٨ .

تعالى ﴿يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين﴾[٥٤] فأوجبت الآية ستر العورة، لما في ذلك من حفظ للنفس من الأذى والضرر، وصيانة لها من التبذل والإمتهان، وأمرت بالأكل والشرب، لما فيه كذلك من حفظ للنفس ومقوماتها من الحواس، وقد نهى رسول اللهﷺ عن الوصال في الصيام، ورخص للكبير والمريض والمسافر والأم المرضع، الإفطار في رمضان حفظاً للنفس، وصوناً لها من الخطر[٥٥]، ونهت الآيه عن الإسراف في المأكل والمشرب لما في ذلك من مسببات للأمراض والعلل، وفي ذلك يقول ﷺ (ماملأ ابن آدم وعاء شراً من بطنه بحسبه لقيمات يقمن صلبه فإن كان لا محالة فثلث لطعامه، وثلث لشرابه ، وثلث لنفسه)[٥٦] أما التداوي فهو مطلب شرعي.

٢- واجب الإنسان تجاه غيره :

المسئولية هنا لا تقل عن سابقتها، إذ ليس في الإسلام تفاوت بين إنسان وآخر، إلا بالتقوى، قال تعالى ﴿ إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾[٥٧] فجناية الإنسان على أخيه الإنسان بالقتل أو الضرب أو نحو ذلك هدم ونقض لبناء هذا الكيان، الذي شيده الله، وأودع فيه سره وصنعته، وقد أخذ الله على الإنسان المواثيق والعهود بعدم سفك الدماء قال تعالى ﴿وإذ أخذنا ميثاقكم لا تسفكون دماءكم ﴾[٥٨] وبعد أن قص الله حادثة القتل الذي تعرض له الفرع الأول من آدم ، وصف الله القاتل بالإثم والخسران وبين ما سيلقاه من الجزاء على فعله، ثم بين الحكم بقوله جل

٥٤- سورة الاعراف الأية ٣١ .

٥٥- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد ٣ مقال د. عبد الرحمن النفيسة في مسئولية الأطباء، ص ١٦١ .

٥٦- سنن الترمذي للحافظ أبي عيسى بن سورة الترمذي المتوفي سنة ٢٧٩هـ تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر - مطبعة البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٩٨هـ، جـ ٤ ، ص ٥١٠ .

٥٧- سورة الحجرات من الآيه ١٣.

٥٨- سورة البقرة من الآية ٨٤ .

وعلا ﴿ ومن أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساداً في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا﴾[٥٩] كما بينه في قوله تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما﴾[٦٠]وقوله تعالى﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾[٦١] وجآءت السنة النبوية مفصلة ومبينة لتحريم القتل، ومؤكدةً على حرمة النفس والمحافظة على وجودها قال ﷺ «قتل المؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا »[٦٢]وقوله ﷺ «أكبر الكبائر الإشراك بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين وقول الزور أو قال شهادة الزور»[٦٣] وإلى جانب العقوبة الأخروية، وضع الشارع عقوبة دنيوية على مقترف جرائم القتل والجرح العمدية، وهي القصاص قال تعالى﴿ ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ [٦٤]، وأضاف إليها عقوبات أخرى ، منها حرمان القاتل من ميراث القتيل ووصيته [٦٥]، أما في حالة القتل أو الجرح الخطأ وما في حكمه فقد فرضت الشريعة الإسلامية الدية على الجاني، والكفارة على من قتل مؤمناً خطأ، ووضعت الأحكام الكفيلة بضمان حق المجني عليه[٦٦] والقصاص من القاتل يحقق للمجتمع أعلي درجات الأمن، ويضع حفظ النفس في أعلى المراتب من حقوق الإنسان، فلو لم يكن القاتل لما كان القتيل،

٥٩- سورة المائدة الآية ٣٢.
٦٠- سورة النساء الأية ٩٣.
٦١- سورة الإسراء الأيه ٣٣.
٦٢- سنن النسائي جـ٧ ، ص ٨٣ .
٦٣- أخرجه البخاري كتاب الديات-جـ٧، ص٣ .
٦٤- سورة البقرة آية ١٧٨ .
٦٥- د. محمد جمال عواد جناية القتل العمد في الفقه الاسلامي د. محمد جمال عواد صـ ٣٤ .
٦٦- الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف -المطبعة الفنية الحديثة - القاهرة- ١٩٦٠م جـ١، ص١١، وكذلك بدائع الصنائع للكاساني جـ٧ ، ص ٣٠٨.
٦٧- سورة البقرة الأية ١٧٩ .

ولو ترك القاتل بلا قصاص فسوف يستمرئ القوي قتل الضعيف ، والصحيح سوف يستمرئ قتل المريض وفي هذا تفريط ، وضياع في حق الإنسان في الوجود ومن ثم تصبح الحياة غابة تعمها الفوضى ، ويسودها قانون الغاب وصدق الله إذ يقول ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾[٦٧]. قال القرطبي (إذا أقيم وتحقق الحكم فيه أزدجر من يريد قتل آخر مخافة أن يقتص منه، فحييا بذلك معاً، وكانت العرب إذا قتل رجل آخر تقاتلوا، وكان ذلك داعياً إلى القتل، فلما شرع الله القصاص تركوا الإقتتال، فلهم في ذلك حيــاة)[٦٨].

٦٧- سورة البقرة الأية ١٧٩ .

٦٨- انظر صـ٢٣٧ جـ٢ احكام القرأن للقرطبي .

الفرع الثاني
نظرة القوانين الوضعية

إختلفت نظرة القوانين الوضعية لفكرة الحماية الواجبة للإنسان، فتشدد بعضها في العقوبات المفروضة، وبعضها في تحديد الوصف الذي يصدق عليه القول بأنه نوع من أنواع الإعتداء علي الجسم تجسيداً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومؤداه أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وتكاد تتفق هذه التشريعات على تقسيم الجرائم بالنظر إلي مدي جسامة الفعل، والأثر الى جنايات وجنح ومخالفات .

وهذه القوانين من صنع البشر الذي لا يعلو على النقص والقصور، بل إن البعض ذهب إلى القول بوجوب إستبعاد عقوبة الإعدام وإستبدالها بعقوبة أخرى دون تنفيذ القصاص، وفي بعض الأنظمة يتلمس فيها القضاء البراءة للفاعل، متى كانت الأدلة والوقائع الخاصة بالدعوى غير كافية، رغم أنه قد يكون معلوماً أن الفاعل هو القاتل فعلاً وأدخل هذا تحت مسمى أن القاضي يحكم من واقع ما تحت يده من وقائع وأدلة قد يكون الغالب منها مجتمعاً على إدخال الشك حول الفاعل.وحرصت القوانين الوضعية في نصوصها الجنائية على تحديد جرائم الإعتداء على النفس والجسد على سبيل الحصر[٦٩]، وحددت العقوبات المناسبة لكل جريمة بعد أن قامت

٦٩- المستشار عزت حسنين جرائم الإعتداء على سلامة الاجسام بين الشريعة والقانون-مصر- ص ١٤ .

بتقسيمها إلي جنايات وجنح ومخالفات[٧٠] غير أنها ما لبثت أن تأثرت بما يسمى بالتطور الحديث في الفكر الجنائي، ومتغيرات الحياة نظراً لبشرية واضعيها، وتبدل نظرياتهم والتي تتغير بتغير الهوى وتصورات المجتمع لذلك فقد جنحت بعض القوانين الوضعية في الوقت الحاضر إلى إلغاء عقوبة الإعدام، وإعتبرت القصاص قتل نفس باسم القانون واستبدلت، بهذه العقوبة الناجعة عقوبة الحبس التي يعتبرها بعض المجرمين نزهة وراحة من عناء الدنيا ومشاكل الحياة[٧١]، وهي تعطيل عن الحياة وعن كل عمل وبث لروح العداوة بين المجـــرم والمجتمـــع[٧٢].

وتدرج الترخص في حرمة النفس والجسد، عندما أجازت بعض القوانين[٧٣]، الاجهاض لغير سبب طبي، وقد كانت القوانين الغربيه إلي عهد قريب تحرم الإنتحـــار[٧٤] وتحرم الشروع فيه، إلا أن الإنتحار اليوم لا يعد جريمة فقد أعطى القانون الأمريكي في ولاية كاليفورنيا عام ١٩٧٧[٧٥] الحق لكل شخص أن يحدد موعد موته، وأصبح لزاماً علي الأطباء إحترام هذه الرغبة وتدرس ولايات أخرى إمكانية تطبيق هذا القانون وتعميمه، كذلك ألغي أي إجراء ضد الإنتحار في أربعين ولاية أمريكية، وفي بريطانيا أصبح المنتحر منذ عام ١٩٦١م معفياً من أي

-٧٠ هذا التقسيم للجرائم دارج في القوانين الوضعية فعلى سبيل المثال قانون العقوبات المصري سلك هذا المنهج حيث أن المراد من ٩ إلى ١٢ توضح جلياً هذا التقسيم وتعرف الجنايات والجنح والمخالفات . فالجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات التاليه :

١- الإعدام ٢- الاشغال الشاقة المؤبدة . ٣- الاشغال الشاقة المؤقتة . ٤- السجن .

والجنح عرفتها المادة ١١ من قانون العقوبات المصري بأنها الجرائم المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة التي تزيد على مائة جنيه

أما المخالفات فعرفتها الماده ١٢ من القانون نفيه بأنها الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التي لا تزيد على مائة جنيه .

-٧١ د. منصور أبو المعاطي حماية النفس وسلامة الجسم ، ص ٢٠٣ وما بعدها .

-٧٢ الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي – لأبو زهرة الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص ٣.

-٧٣ القانون البريطاني يجيز ذلك منذ عام ١٩٦٧ بشرط موافقة طبيبن. وكثيرمن القوانين الغربية ونحو هذا الإتجاه.

-٧٤ د. فخري الدباغ، الموت إختياراً –دار الطليعة للنشر–بيروت – ١٩٦٨م، ص ٩٧ .

-٧٥ د. فخري الدباغ المرجع السابق صـ ١٠٤ .

إجراء عقابي، بل إن هناك جمعيات في أمريكا وبريطانيا وأوربا، تقدم المساعدات النفسية لمن يريد الموت[٧٦] والأمر لم يقف عند هذا الحد بل تجاوزه إلى قبول هذه الجريمة، علاجاً لبعض الأمراض المستعصية أو الميئوس من شفائها فيما يسمى «القتل الرحيم»[٧٧]، أو الموت من أجل الرأفة حين ظهر في الستينات الاعلان الإنساني الثاني موقعاً من ٢٥٠ شخصية عالمية، يؤكدون فيه حق الإنسان في التصرف في جسمه والإنتحار والموت على يد الطبيب، تخلصاً من الألم واليأس. وبرزت في عام ١٩٧٠ حركة أخرى في بريطانيا تنادي بالسماح بالقتل من أجل الرحمة .[٧٨]

٧٦- د. فخري الدباغ المرجع السابق ص ١٢٨ وما بعدها.

٧٧- د. احمد طه، الطب الاسلامي -دار القافلة-مصر، ص ١٦٢ .

٧٨- مجلة الدعوة العدد، (٨) في ١٤١٢/٥/٢٩هـ حيث جاء في التحقيق ما نصه [نشطت الدعوة في الولايات المتحدة من أجل إقرار مشروع القانون رقم ١١٩ والذي يمنح الأطباء حق التدخل بعد موافقة الأهل لإنهاء حياة المريض، بمنع الغذاء والشراب عنه خصوصاً في الحالات المتدهوره والغيبوبة] ثم قالت المجلة « وهذه الظاهرة ليست بجديدة ولكنها ظهرت في الغرب منذ وقت طويل، ولكن المنادين بها بدءوا يضغطون بشده مستغلين أجهزة الإعلام من أجل إقرارها قانوناً.

الفرع الثالث
مقارنة بين نظرة التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية

تلتقي القوانين الوضعية مع الشريعة لإسلامية في تحريم الاعتداء على النفس البشرية، وحماية الكيان الجسدي للإنسان ضد أي إعتداءات تقع عليه وهذا الإلتقاء إنما هو التقاء في المقاصد وإن اختلفت في أسلوب المعالجة وطرق العلاج[٧٩].

إن الإعتداء على النفس، هو فعل محل تجريم من الشريعة الإسلامية، وأجمعت القوانين الوضعية على تأثيمه وتجريمه وأفردت بين نصوصها الكثير من العقوبات التي تهدف إلى تحقيق الردع الخاص المتمثل في إيقاع الأذى بالفاعل، والردع العام المتمثل في إنذار الكافة بأن من يقدم على إرتكاب مثل هذه الأفعال سيكون محلاً للتجريم، وأخيراً تحقيق الشعور بالعدالة الذي يسود المجتمع ككل، ولذلك يقول حجة الإسلام أبو حامد الغزالي (وتحريم تفويت الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل ألا تشتمل عليه ملة من الملل أو شريعة من الشرائع التي أريد بها صلاح الخلق ولذا لم تختلف الشرائع في تجريم الكفر والقتل والزنا والسرقة وشرب المسكر)[٨٠]، ويقول الشيخ: محمد أبو زهره في كتابه الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي معللاً هذا الإلتقاء بين الشريعة والقانون في مسألة المحافظة على النفس (لأن المحافظة على النفس من الضروريات الإنسانية، بل إن ذلك يعد من البديهيات العقلية التي لا تختلف فيها العقول ولا تختلف فيها الأديان كالصدق والعدالة، فإن العقول لا تختلف على كونها فضيلة ومخالفتها رذيلة)[٨١]، ومن ثم يمكن القول إن

٧٩- محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة - ص ٢١ .

٨٠- الغزالي المستصفى، جـ١ ص ٢٨٧ ، ص ٢٨٨ .

٨١- محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة، ص ٣٧ .

كل النظم تتفق على تجريم الإعتداء وإن كانت لا تتفق في أسلوب معالجتها لكل حالة من هذه الحالات فالقوانين الوضعية بداءة عقوباتها دنيوية على خلاف الحال في الشريعة، فهناك الجزاء الدنيوي، حداً أو تعزيراً، وهناك الجزاء الأخروي، لذلك فإن الفرد في المجتمع المسلم يشعر بأنه مراقب من الله محاسب على فعله فلا يضيع حق في ظل الشريعة الإسلامية، وهذا يدفع كثيراً ممن وقعوا في الجريمة إلى المبادرة إلى تقديم أنفسهم للعداله في بعض الأحيان عندما تستيقظ ضمائرهم ، والملاحظ في تطبيقات القوانين الوضعية، أن المجرم إن أفلت من العقوبة ازداد ضراوة وإن عوقب بالسجن فإنه يخرج منه وقد أصبح أكثر خطورة[٨٢]، إذ لا دين يردع ولا خلق يمنع ولا إيمان يهذب فكلما بعدنا عن الدين كلما زاد معدل الجريمة. ومن ينظر إلى المملكة العربية السعودية نظرة تأمل يظهر له مقدار الإستقرار والأمن القابع في ربوعها، بسبب تطبيق احكام الشريعة الإسلامية مع ملاحظة هامة أن هذا الأمن متحقق رغم وجود أعداد كبيرة من الأجانب من مختلف الجنسيات، ومن مختلف الفئات والمهن، حيث يمثل كل واحد منهم كياناً قائماً بذاته وبمضمونه ويمثل الطائفة والمهنة التي ينتمي إليها في بلده خاصة، مع ملاحظة أن الأغلب منهم ينتمي إلى الطبقات الدنيا والعمالية وقليل منهم ينتمي إلى الطبقة المتوسطة ومعلوم إجتماعياً طباع هذه الطوائف وعاداتها ومدى إستعدادها وميلها إلى إرتكاب الجريمة .

٨٢- محمد أبو زهره المرجع السابق ص١٣ - ١٤.

المبحث الثاني
تعريف مسئولية الطبيب الجنائية

تمهيد

عرضنا في المبحث السابق لنطاق الحماية والرعاية للنفس البشرية في الشريعة الإسلامية، حيث دلت نصوص الكتاب والسنة على حرمة جسد الآدمي، وعلى تكريم هذا الكيان البشري، بل جعلت المحافظة عليه من أهم مقاصدها الإسلامية، إلا أنها قد أجازت إستثناء ومن باب الضرورة[٨٣]، المساس بجسم الإنسان أو جرحه أوقطع جزء منه إذا كان ذلك بقصد المدواة والعلاج، حيث يتدارك هلاك بعضه لبقاء كله ، ويرتكب أخف الضررين لدرء أكبرهما[٨٤]، وإذا كانت المعالجة قد أجيزت فإنها تقتصر على قدر الضرورة لأن الضرورة تقدر بقدرها. وهذه المدواة والمعالجة التي تعُنى بأحوال بدن الإنسان ونفسه وطريقة علاجه وجراحته قد اصطلح على تسميتها علم الطب الذي يهتم بالنظر في بدن الإنسان، وما يتعلق به للمحافظة عليه ومداواته، أخذاً بأسباب التداوي والشفاء لأن الشفاء من الله حيث يقول سبحانه وتعالى ﴿ وإذا مرضت فهو يشفين ﴾[٨٥].

فعلم الطب وضع لخدمة مقصد عظيم، وهو حماية الجسم والحفاظ عليه وقد نال هذا العلم مكانته وسمت منزلته لتعلقه بحفظ النفس الإنسانية والكيان البشري .

لذلك يقول الإمام الشافعي رحمه الله (لاأعلم علماً بعد الحلال والحرام أنبل

٨٣- الشيخ زين العابدين إبراهيم بن نجيم - الاشباه والنظائر- دار الكتب العلمية- بيروت-١٤٠٠هـ، ص ٧٩.

٨٤- إبن نجيم - الاشباه والنظائر ص ٨٦ .

٨٥- الشعراء الآيه ٨٠.

من الطب)[٨٦] ويقول العز بن عبد السلام [٨٧] (والطب كالشرع، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام) وكان الإمام الشافعي رحمه الله، ينعي على المسلمين ما ضاع منهم من الطب، ويقول: (ضيعوا ثلث العلم ووكلوه إلى اليهود والنصارى)[٨٨] .

تعلم الطب فرض كفاية

ونظراً لأهمية هذا العلم ومكانته فهو من فروض الكفايات[٨٩]، حيث تدعو له الحاجة، ولا يمكن أن تستغني عنه جماعة من الجماعات، كما أن خلو بلدة من بلاد المسلمين مما تحتاج إليه من الأطباء، يجعلها آثمة عند الله، ويشترك في الإثم، جميع أهلها ماداموا قادرين على دفع الإثم عنهم، ولا يرتفع عنهم الإثم إلا إذا توافر لديهم العدد الكافي من الأطباء، وإذا كان تعلم الطب فرض كفاية وضرورة إجتماعية، وكان الغرض من تعلمه هو التطبيب، فإنه يترتب على ذلك أن يكون التطبيب واجباً[٩٠] على الطبيب لا مفر له من أدائه، على أن التطبيب يعتبر واجباً كفائيا، كلما وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة، فإذا لم يوجد إلا واحداً، أو كانت هناك ضرورة لمشاركته في العلاج كان التطبيب فرض عين على هذا الطبيب[٩١]، أي

٨٦- الذهبي – الطب النبوي – تحقيق احمد رفعت البدراوي – – دار إحياء العلوم – بيروت ١٤٠٦ هـ، ص ٢٢٨ .

٨٧- قواعدالاحكام في مصالح الأنام جـ١ ، ص٤ .

٨٨- الذهبي – الطب النبوي – ص ٢١٨

٨٩- أبو حامد الغزالي – إحياء علوم الدين – مطبعة مصطفى الحلبي – مصر – ١٣٥٨هـ – جـ١ – ص ١٦ . ومن الذين أشاروا إلى ذلك الإمام السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر-دار الكتب العلمية – بيروت ١٤٠٣هـ، ص ٤١٥ ، والعلامة إبن عابدين في كتابه رد المحتار على الدر المختار – مطبعة مصطفى الحلبي – مصر-١٣٨٦، جـ ١ – ص٤٢ ونقل الأستاذ عبد القادر عوده الإجماع على هذا في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي جـ٢ ، ص٥٢٠ .

٩٠- عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي جـ٢ ، ص ٥٢٠ .

٩١- عبد القادر عوده – المرجع السابق- ص ٥٢١ .

أنه واجب غير قابل للسقوط، ولعل هذه النتيجة مما اختلفت فيه القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، حيث تعتبر القوانين الوضعية التطبيب حقاً وليس واجباً ولا شك أن نظرة الشريعة أفضل وأكمل[٩٢]، لكونها تلزم الطبيب أن يضع كل مواهبه في خدمة الجماعة ، كما أنها تنسجم مع واقعنا الاجتماعي في المجتمع المسلم القائم على التعاون والتكافل، وتسخر كل الإمكانيات في خدمة الجماعة.

تعريف مسئولية الطبيب الجنائية

وقد يتبادر إلى الذهن أن الطبيب لايسأل عما يؤدي إليه عمله من نتائج ضارة، لكونه يقوم بواجبه، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة[٩٣]، ولكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب، متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجتهاده العلمي والعملي، وحيث أن الأطباء بشر من الناس، يجري عليهم ما يجري على غيرهم من الخطأ والنسيان، وتستهويهم الدنيا بزخارفها مما قد يجعلهم يتسببون في إتلاف الأنفس، طمعاً في متعة من متع الدنيا، فإذا أخطأ أو أهمل الطبيب في القيام بإلتزاماته الطبية التي تفرضها عليه مهنته، وتعدى بسلوك لا يتفق مع الأصول المتعارف عليها لمهنته وأفضى إلى هلاك المريض أو إتلاف أحد أطرافه أو بعضها، أو قصد الإضرار به ، فإنها تقوم مسئوليته الجنائية والتي نحن بصدد تعريفها.

وقد سبق تعريف المسئولية بمفهومها العام بأنها إلتزام شخص بما تعهد القيام به أو الإمتناع عنه، حتي إذا أخل بتعهده، تعرض للمسآءلة عن خطئه فيلزم عندها بتحمل نتائج هذا الخطأ [٩٤] في الدنيا والآخرة .

٩٢- عبد القادر عوده - التشريع الجنائي الإسلامي-المرجع السابق- جـ ٢ ، ص ٥٢٠ .

٩٣- إبن نجيم - الاشباه والنظائر ص ٢٨٩ .

٩٤- مصطفى العوجي - القانون الجنائي العام - مطبعة النوفل - بيروت ١٩٨٥م - جـ ٢ ، ص ١٢

أما المسئولية بمفهومها الجنائي: فهي تحمل الشخص نتائج أفعاله المجرمة[٩٥]، وعبر عنها الإمام أبو زهره بقوله (تحمل التبعة هو ما يسمى في لغة القانون بالمسئولية الجنائية)[٩٦] ويقول أيضاً (إن العقل والإرادة الحرة هما مناط تحمل التبعة، تحملاً كاملاً من حيث النتائج والغايات ، ولذلك أجمع الفقهاء على أن العاقل الكامل العقل المريد المختار ،الذي يعلم النتائج، ويقبلها عليه تبعة كاملة، فيتحمل العقوبة سواء كانت مالية أو بدنية)[٩٧] فالمسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية هي: تحمل الشخص نتائج أفعاله المجرمة، التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لآثارها ونتائجها في الدنيا والآخره [٩٨] فلابد من توافر شرطين أساسيين لتحققها:-

١- أن يكون الفعل الذي صدر عن الفاعل مجرماً .

٢- أن يكون الفاعل مختاراً ومدركاً لنتائج أفعاله ، وهي ما اصطلح على تسميتهما بالعلم والإرادة، فإذا وجد هذان الشرطان قامت المسئولية الجنائية وإذا إنعدما أو أحدهما إنتفت ، ولا نجد خلافاً ولا فرقاً بين مفهوم المسئولية الجنائية في القانون الوضعي وهذا المفهوم الشرعي حيث يتخذ القانون هذا المعنى اساساً في قيام المسئولية وكذلك في إشتراط الشرطين الأساسيين المشار إليهما[٩٩].

وإذا كان العلم والارادة هما قوام المسئولية الجنائية، لذلك فإن قيام هذه المسئولية على الطبيب يكون وارداً في كل حالة يأتي فيها الطبيب فعلاً من الأفعال

٩٥- مصطفى العوجي- المرجع السابق- ص ١٢ .

٩٦- محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص ٣٩٢ .

٩٧- محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص ٣٢ .

٩٨- عبد القادر عوده - التشريع الجنائي جـ ١ ، ص ٣٩٣ .

٩٩- عبد القادر عوده - المرجع السابق - ص ٣٩٤.

التي تخالف الأعراف والأصول الطبية المعمول بها في نطاق مهنته، ويعلم أن هذا الفعل قد يؤدي إلى حدوث الضرر للمريض، ومن ثم يمكن تعريف المسئولية الجنائية للطبيب بأنها تقوم في كل فعل يعلم الطبيب مخالفته لأصول المهنة ورغم ذلك يقوم بأدائه، وهذا التعريف يتوافر فيه شرطي العلم والإرادة قوام المسئولية، ومن ثم لا مجال للقول بقيام هذه المسئولية متى كان الطبيب مرخصاً له بمزاولة العمل الطبي، وكان قاصداً علاج مريضه، واتبع في ذلك كل الأصول والأعراف الطبية[١٠٠].ولم يقصر أو يهمل فى أداء واجبه.

ويمكن التعبير عن المسئولية الجنائية للطبيب-في عبارة أخرى- بأنها الإلتزام القانوني القاضي بتحمل الطبيب الجزاء أو العقاب، نتيجة إتيانه فعلا أو امتناعه عن فعل يشكل خروجاً أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجنائية، أو الطبية. لذلك يتفق فقهاء الشريعة ورجال القانون على أنه لا مسئولية على الطبيب إذا أدى عمله إلي نتائج ضارة بالمريض مادام حاذقاً في فنه وكان ذلك التطبيب بإذن المريض أو وليه، وكان الطبيب قاصداً للعلاج ولم يقصر أو يهمل فى أداء واجبه وعمله ، وهذه الصور هي مادرج على تسميتها بأسباب مشروعية العمل الطبي .

١٠٠- د. اسامه عبد الله قايد - المسئولية الجنائية للاطباء - دار النهضة العربية - القاهرة ط/٢ سنة ١٩٩٠م ص ٩ .

المبحث الثالث
أركان مسئولية الطبيب الجنائية
بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية

تمهيد

لا تقوم مسئولية الطبيب الجنائية إلا إذا توافرت أركانها الأساسية، والأركان جمع ركن، وهو جزء الشئ الداخل في حقيقته وماهيته[١٠١] بحيث لا يتم تصوره بدونه وذلك كالقيام أو الركوع أو السجود بالنسبة للصلاة، فكل واحد من هذه الأفعال ركن فيها بحيث يعد جزءاً من حقيقتها ولا يتحقق وجودها الشرعي بدونه، وهذا بخلاف الشرط، حيث يتوقف وجود المشروط عليه لكنه أمر خارج عن حقيقته، ولا يعد جزءاً منه وذلك كالوضوء بالنسبة للصلاة فإنه شرط لصحتها ولكنه لا يدخل في حقيقتها، ولا يعد جزءاً منها[١٠٢].

والمقصود بأركان مسئولية الطبيب الجنائية أجزائها التي لا وجود للمسئولية بدونها والتي هي داخلة في حقيقتها، ويتوقف وجودها عليها ولا يمكن تصورها إلا إذا وجدت هذه الأركان، وخطة البحث في هذا المبحث محددة في ثلاثة مطالب الأول منها نحدد فيه أركان مسئولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية والثاني نحدد هذه الإركان في النظم الوضعية، والثالث نعقده للمقارنة بين أركان مسئولية الطبيب في النظامين الإسلامي والوضعي.

١٠١- ابن منظور - لسان العرب - بيروت - ١٣٧٥هـ - مادة ركن ، التعريفات للجرجاني - مطبعة مصطفى الحلبي - لبنان ١٣٥٧هـ ص ٩٩ لبنان .

١٠٢- محمد أبي النور زهير - أصول الفقه - مطبعة دار التأليف -مصر- جـ١، ص ١١٩.

المطلب الاول
أركان مسئولية الطبيب الجنائية
في الشريعة الإسلامية

لقد كان للفقهاء المسلمين، طريقتهم الخاصة في التأليف ، فعلى الرغم من وضوح هذه الأركان في أذهانهم عند تعرضهم لاحكام الجزئيات والفروع الفقهية، إلا أنهم لم يدونوها بشكل مستقل، أو يختصوها ببحث خاص، وإنما جاءت موزعة في أماكن متفرقة في كتب الفروع والقواعد الفقهية والأصول .

وباستقراء كلام فقهاء الاسلام فإن مسئولية الطبيب الجنائية لا تقوم ولا تتحقق إلا بوجود ركنين اساسيين هما التعدي والضرر، وأما علاقة التعدي بالضرر فهي من قبيل عدم وجود المانع للسبب فهي شرط في السبب، أو العلة، يؤدي إلى إنتفاء المانع[١٠٣] وهذه الأركان الثلاثة :-

١- التعدي ٢- الضرر ٣- الافضاء "علاقة التعدي بالضرر".

عبر عنها بعض الباحثين بالشروط [١٠٤]، وعبر عنها آخرون بالأركان [١٠٥]، وذلك من باب التغليب والتنظيم للدراسة والبحث والمقارنة .

وأياً ماكان الأمر فإن مسئولية الطبيب لا يمكن تحققها إلا إذا وجد التعدي المنشئ للضرر .

وهذا الاختيار لا ينفي الأصل في الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسآءلة الجنائية حيث يشترط إدراك المسئول وإختياره للأفعال التي رتبت مسئوليته[١٠٦] فإذا

١٠٣- محمد فوزي فيض الله - نظرية الضمان - ص ٨٨ .

١٠٤- د. محمد فوزي فيض الله - نظرية الضمان - ص ٨٨ وما بعدها .

١٠٥- د. وهبه الزحيلي - نظرية الضمان - ص ١٨ .

١٠٦- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي - جـ١ ، ص ٣٨١ .

إنعدم هذا الأدراك والأختيار إنعدمت المسئولية[١٠٧] فالحيوان والجماد والصغير والمجنون، لا يسألون جنائياً، لأنهم لا يدركون أبعاد الأفعال الصادرة عنهم ولا يبالون بما يترتب عليها من نتائج قالﷺ«رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق»[١٠٨]، وأكد هذا الأصوليون في كتبهم فقال الآمدي في الأحكام (إتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف، لأن التكليف خطاب وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال)[١٠٩] وهذا ما أوضحه الغزالي في المستصفى حيث قال: (وشرطه "أي المكلف" أن يكون عاقلاً يفهم الخطاب، فلا يصح خطاب الجماد والبهيمة ولا خطاب المجنون والصبي الذي لا يميز لأن التكليف مقتضاه الطاعة والأمتثال ولا يمكن ذلك)[١١٠] أي لا يمكن تحقيق ذلك منهم.

فيشترط لمساءلة الطبيب جنائياً أن يكون أهلاً للمساءلة، أي مدركاً مختاراً فيما يفعل حتي تصح محاسبته عن أفعاله غير المشروعة وهذا شرط في تحقق المسئولية الجنائية للطبيب وليس ركناً فيها[١١١]. وفيما يلي نبحث هذه الأركان وما يتعلق بها من أحكام في فروع ثلاثة الاول نعرض فيه للتعدي أي فعل الخطأ، وفي الثاني نتناول فيه عنصر الضرر واخيراً في الفرع الثالث نتناول علاقة السببية بين الفعل والضرر وهي التي يطلق عليها الإفضاء .

١٠٧- مسفر غرم الله الدميني - الجناية بين الفقة الإسلامي والقانون الوضعي - ص ٨٨ .

١٠٨- رواه البخاري في صحيحه جـ٢ /٢٥٤ .

١٠٩- الآمدي - الأحكام في أصول الأحكام - مؤسسة النور - الطبعة الأولى جـ١ ، ص ١٥٠ . ١٥١ .

١١٠- ابو حامد الغزالي - المستصفى جـ (١) ، ص (٥٣) .

١١١- عبد القادر عوده - التشريع الجنائي - جـ(١)، ص (٣٨١) .

الفـرع الأول
التعــدي

التعدي لغة : هو الظلم وأصله مجاوزة الحد أو القدر والحق [١١٢] .

أما في اصطلاح الفقهاء : فإن تعريفه اللغوي، لا يبتعد عن إطلاقاته لديهم حيث يراد به الاعتداء على حق الغير أو الإعتداء على الغير[١١٣]، وقد عرفه إبن نجيم في الاشباه والنظائر بأنه (العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي)[١١٤].

وعرفه بعضهم بقوله (هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة)[١١٥].

والتعدي المقصود هنا : هو إتيان الطبيب فعلاً محظوراً، سواء كان ذلك إيجاباً او سلباً، عمداً أو خطأً مباشرةً أو تسبباً[١١٦]. فالتعدي الإيجابي مثله أن يقوم الطبيب بقتل المريض أو ببتر أحد أعضائه أو إتلاف أحد منافعه أو يقوم بحقنه بدواء يقتل غالباً .

أما التعدي السلبي، فهو يتمثل بالترك [١١٧]، كرفض الطبيب معالجة المريض أو إسعافه، ويترتب على ذلك إزهاق روحه أو إزدياد سوء حالته. فكما يكون التعدي بفعل المحظور يكون أيضاً بترك الواجب، حيث يجب على الإنسان إغاثة المضطر،[١١٨]

١١٢- الفيومي - المصباح المنير ط دار المعارف - القاهرة ٩٧٧م، - باب العين - مادة عدا - ص ٣٩٧ .

١١٣- د. سليمان بن محمد أحمد - ضمان المتلفات في الفقة الإسلامي - مكتبة المجد العربي - القاهرة ط ١٤٠٥ هـ ، ص ٢٢٧ وما بعدها

١١٤- ابن نجيم - الأشباه والنظائر - ص ٤١٣ .

١١٥- د. محمد فوزي فيض الله - نظرية الضمان - ص ٩٢ .

١١٦- وليس هذا المعنى بعيداً عن المعنى اللغوي والشرعي المشار اليه انفاً .

١١٧- احمد فتحي بهنسي - المسئولية الجنائية في الفقة الإسلامي -مصر ١٩١٩م، ص ٥٢ وما بعدها .

١١٨- د. محمد فوزي فيض الله - نظرية الضمان - ص ٩٤ . ٩٥ .

وإنقاذ حياته فإذا لم يقم بهذا الواجب إعتبر متعدياً لمخالفته ما وجب عليه شرعاً، فالممتنع عن تقديم الطعام للمضطر حتى مات، يعتبر مخالفاً لما وجب عليه، من تقديم الطعام لهذا الشخص، ومثله في ذلك الطبيب الذي يترك واجب المعونة لمن يتعرض للخطر، فالدواء في هذ الشأن كالطعام، جاء في الدسوقي على الشرح الكبير (يقتص ممن منع الطعام والشراب ولو قصد بذلك التعذيب)[119].

وورد في المحلى لإبن حزم (فيمن إستسقى قوماً فلم يسقوه حتى مات .

قال علي : روينا عن طريق أبي بكر بن أبي شيبه عن الحسن أن رجلاً إستسقى على باب قوم، فأبوا أن يسقوه، فأدركه العطش فمات فضمنهم ابن الخطاب ديته[120]، قال أبو محمد : القول في هذا عندنا أن الذين لم يسقوه إن كانوا يعلمون أنه لا ماء له البته إلا عندهم، ولا يمكنه إدراكه أصلاً حتى يموت فهم قتلوه عمداً ، وعليهم القود بأن يمنعوا الماء حتى يموتوا كثروا أو قلوا ، ولا يدخل في ذلك من لم يعلم بأمره، ولا من لم يمكنه أن يسقيه، فإن كانوا لا يعلمون ذلك ويقدرون أنه سيدرك الماء فهم قتلة خطأ، وعليهم الكفارة وعلى عواقلهم الديه ولابد . وهكذا القول في الجائع والعاري "[121].

وكذلك القول بالنسبة للطبيب الذي يترك واجب المعالجة أو الإسعاف إذ أن

١١٩- محمد عرفه الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير جـ٤ ، صـ٢١٥ .

١٢٠ ومن أبرز أمثلة التسبب بعدم الفعل في الفقه الإسلامي ما ذكره إبن قدامه في كتاب الديات من المغني (٤٣٣/٨) أن من " إضطر إلى طعام أو شراب غيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات المضطر بذلك المنع ضمنه المطلوب منه ، لما روي عن عمر رضى الله عنه انه قضى بذلك .

١٢١- ابن حزم الظاهري - المحلى - سنة ١٣٥٢هـ ، جـ١٠ ، ص ١٢٢ طبعة .

ولعل حادثة من منعوا الماء هذه دليل على التعدي بالإمتناع عن معونة واجبة وقدرواها الإمام وغيره وذكرها الدكتور الزحيلي في فقه عمر (٢/ ٧٠-٧٧) وذلك نقلاً عن مصنف إبن أبي شيبه (١٢٠/١/٢) ومنتقي الأخبار شرح نيل الأوطار جـ٧، ص ٧٩ .

القياس هنا قائم لجامع العلة بينهما، ولعل ما عرضه إبن حجر[١٢٢] أكثر ملاصقة لموضوع الطبيب وتعديه السلبي، (فقد سئل عما إذا حضر نساء ولادة ذكر فقطعت إحداهن سرته من غير ربط، ونبهاها الباقيات فمات بعد القطع بقليل فهل يقتلن أو هي فقط ؟ فأجاب رحمه الله بقوله :" إن كان القطع مع عدم الربط يقتل غالباً فهو عمد موجب للقود عليها، وهو ظاهر إن منعت الباقيات من الربط لو أردن فعله، أما إذا لم يردنه، فهن آثمات أيضاً، لأنه يلزمهن جميعاً فإذا تركنه من غير منع كان لهن دخل في الجناية "[١٢٣]، وهذا ينطبق على الطبيب ومساعديه في حالة التعدي السلبي بترك واجب المعالجة والاسعاف للمريض، فإذا صاحب أي من هذه الأفعال قصد الأضرار بالمريض أو قصد إزهاق روحه وصف هذا التعدي، بالتعدي العمد، وإن لم يصاحبه قصد جنائي. وإنما كان نتيجة تقصير أو إهمال من الطبيب، نتج عنه ضرر لم يكن في الحسبان وصف هذا الفعل بالتعدي الخطأ. أما إذا إتصل فعل الطبيب بغيره وحدث منه الضرر كان هذا التعدي المباشر[١٢٤] وإذا إتصل أثر فعل الطبيب بغيره فنتج عنه ضرر بذلك الغير سمي التعدي بالتسبب[١٢٥].

أقسام التعدي

وينقسم التعدي بإعتبار القصد وعدمه إلى قسمين هما :

أ- التعدي عمداً: وهو قيام الطبيب بفعل محظور بقصد الوصول إلى نتيجة هي

١٢٢- د. شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيشمي الفقيه الشافعي ولد في محلة أبي الهيثم بمصر سنة ٩٠٩هـ برع في العلوم واستقر بمصر وتوفي فيها سنة ٩٧٣هـ وقيل ٩٧٤هـ من مؤلفاته " الصواعق المحرقه في الرد على أهل البدع والزندقه " ، "والزواجر عن إقتراف الكبائر " ، " الفتاوى " - الابحاث الساميه ص ٢٤٢، ٢٤٣ .

١٢٣- المحلى لابن حزم جـ١٠، ص ٦٣٢ .

١٢٤- المباشرة : هي إيصال الآلة بمحل التلف " بدائع الصنائع - للكاساني جـ٧/ ١٦٥ وعرفته محلة الاحكام العدلية المادة ٨٨٧ المباشرة فقالت (هي إتلاف الشئ بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر "

١٢٥- عرفته مجلة الأحكام الشرعية للشيخ أحمد القاري (بالمادة ١٣٧٧) تبعاً للمغني لإبن قدامه بأن التسبب (فعل ما يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه "

الإضرار بالمريض، فإذا توافر في الطبيب شرط القصد الجنائي كان مرتكباً لجناية عمد توجب عليه القود"[١٢٦].

مثال ذلك، أن يعمد الطبيب إلى وصف دواء سام للمريض، قاصداً إهلاكه أو التخلص منه رجاء مصلحة تعود للطبيب من وفاة المريض، فهذا العمل من الطبيب يعتبر جناية عمد توجب عليه القصاص الوارد في قوله تعالى﴿ ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ "[١٢٧].

وجاء في فتح الجواد " وأما الدواء المذفف فيقتل فاعله "[١٢٨] فبين، أن إقدام الطبيب على معالجة المريض بدواء يحصل منه التلف المحقق للمريض، يعتبر سبباً موجباً لمسئولية الطبيب العمدية بدلالة قوله "فيقتل فاعله "، لأن القتل لا يكون إلا في الجناية العمدية، ومن صور الجناية العمدية للطبيب أيضاً، أن يقدم على إجراء عملية جراحية فيها خطورة على المريض لإزالة ورم أو قطع عضو متآكل أو غير ذلك دون الحصول على إذن من المريض أو وليه .

يقول الإمام النووي "ولو قطع السلعة أو العضو المتآكل من المستقل قاطع بغير إذنه فمات، لزمه القصاص سواء فيه الإمام وغيره لانه متعدٍ"[١٢٩]

ب- التعدي خطأ: وهو أخف أثراً من التعدي عمداً، لعدم وجود القصد الجنائي لدى المخطئ بخلاف العامد الذي قصد الفعل وقصد نتيجته وهي هلاك المريض أو ضرره .[١٣٠]

١٢٦- د. عبد الرحمن النفيسة - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ٣ - مسئولية الأطباء ص ١٨٥ .

١٢٧- سورة البقرة الآية ١٧٨ .

١٢٨- إبن حجر الهيثمي - فتح الجواد شرح الارشاد - مطبعة مصطفى الحلبي - مصر ١٣٩١هـ ط٢ ، جـ٢ ص ٥٨ .

١٢٩- النووي - روضة الطالبين - مطبعة المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - دمشق جـ ١٠ ، ص١٧٩ .

١٣٠- عبد القادر عوده - التشريع الجنائي جـ١ ، صو ٤٣٢ .

والأصل في الشريعة الإسلامية، أن المسئولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل عمد حرمه الشارع، ولا تكون عن الخطأ لقوله تعالى﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾ [١٣١]وقول الرسول ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» [١٣٢]. ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ إستثناء من هذا الأصل مراعاة للصالح العام والمصلحة العامة وهناك فرق بين العقوبتين فالطبيب المخطئ خطأ فاحشا كالعامد مسئول جنائياً، عما وقع منه من أفعال يحرمها الشارع ومسئوليته سببها أنه عصى الشارع لا عن قصد ولكن عن تقصير وعدم تثبت وإحتياط [١٣٣]، يقول ابن رشد في بداية المجتهد : (وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شئ عليه في النفس والدية على العاقلة، فيما فوق الثلث، وفي ماله فيما دون الثلث، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقله)[١٣٤]. وروي في المنتقى شرح الموطأ (إذا أخطأ الطبيب في فعله والحال أنه من أهل المعرفة فالدية على عاقلته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب)[١٣٥].

١٣١- الاحزاب آيه ٥ .

١٣٢- الحديث أخرجة ابن ماجة في سننه عن أبي ذر الغفاري بلفظ (إن الله تجاوز ...)، ثم قال : إسناده ضعيف، لإتفاقهم على ضعف أبي بكر الهذلي.

وأخرجه كذلك عن الأوزاعي عن عطاء عن إبن عباس بلفظ (إن الله وضع ..) (سنن ابن ماجة جـ١، ص٦٥٩، كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناسي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ط ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢م-مطبعة عيسى الحلبي)، والحديث دليل على أن الأحكام الأخروية من العقاب معفوة عن الأمة المحمدية إذا صدر الفعل عن خطأ أو نسيان أو إكراه. أنظر كذلك (سبل السلام للصنعاني- مكتبة الجمهورية العربية- جـ٣، ص ٢٣٢ حديث رقم ٩).

١٣٣- عبد القادر عوده التشريع الجنائي جـ١، ص٤٣٢ .

١٣٤- ابن رشد الحفيد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار الفكر - دمشق جـ٢ ، ص ١٩٤ .

١٣٥- أبو الوليد الباجي - المنتقى شرح الموطأ مطبعة السلطان عبد الحفيظ - مصر - الطبعة الأولى عام ١٣٨٨هـ - جـ٧ ص ٧٦ .

فالطبيب الحاذق " العالم بالمهنة لايسأل إلا عن الخطأ الجسيم " الفاحش " فلا يغتفر له الإهمال المفرط، كإستعماله أدوات غير طبية أو غير معقمة أو إمتناعه عن الاستمرار في معالجة المريض الذي تعهد به دون مسوغ مقبول أو إتيانه العملية الجراحية وهو في حالة سكر كل هذا يعتبر تقصيراً وتعدياً يحاسب عليه جنائياً ويندرج تحت المخالفة لأصول مهنة الطب، فإذا كان ينوي الإضرار بالمريض، تكون مخالفة عمدية وإن كان لا ينوي ذلك أعتبرت مخالفة خطأ وتقصير يحاسب عليه مدنياً وجنائياً .[١٣٦]

وكذلك أسقط الشارع عن المخطئ القصاص عدلاً منه، وفي بيان هذا المعنى يقول الله تبارك وتعالى ﴿ ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾ [١٣٧].

ولكن أوجبت الشريعة الإسلامية، تضمين المخطئ، وبهذا يشترك العمد والخطأ في كونهما سببين للضمان. يقول الإمام إبن القيم: " فالخطأ والعمد اشتركا في الإتلاف الذي هو علة الضمان وإفترقا في علة الإثم وهو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به"[١٣٨].

وإذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل جنائياً عن خطئه إلا إذا كان خطأً فاحشاً، والخطأ الفاحش، هو مالا تقره أصول فن الطب، ولا يقره أهل العلم بفن الطب "[١٣٩]

١٣٦-المحامي بسام محتسب بالله المسئولية الطبية المدنية والجزائية، ص ٣٥٥ وما بعدها .

١٣٧- سورة الاحزاب الآيه (٥).

١٣٨- إبن القيم - إعلام الموقعين عن رب العالمين - دار الفكر - بيروت ١٣٩٧ هـ جـ٢،ص ١٥٢ .

١٣٩- عبد القادر عوده - التشريع الجنائي - جـ ١ ، ص ٥٢٢ .

أمثلة لتعدي الطبيب الموجب لمسئوليته الجنائية :

١- قيامه بمعالجة مريض دون إذنه أو إذن وليه، وبدون مسوغ شرعي، فمثل هذا العمل من الطبيب يعرضه للجزاء والعقوبة بالإضافة إلى الضمان .[١٤٠]

٢- تطبب الجاهل، حيث يعتبر هذا العمل من أخطر الأعمال لإتخاذه الكذب مطية يباشر بها علاج المرضى، ويغرر بهم، فإذن المريض له بالعلاج مقدوح فيه ليس له أثر في رفع المسئولية، عن الطبيب. يقول الإمام ابن عقيل الحنبلي " جهال الأطباء هم الوباء في العالم وتسليم المرضى إلى الطبيعة أحب إليّ من تسليمهم إلى جهال الأطباء "[١٤١].

ويقول أحد الفقهاء "يجب على كل حاكم تفقد هؤلاء ومنعهم ومنع من يتعاطى علم الطب أو نحوه من الجلوس للناس، حتي يحضره مع من يوثق به من الأطباء والعلماء ويختبروه بحضرته ويصح عنده أنه من أهل الجلوس في ذلك الشأن"[١٤٢]ويقول الرسول ﷺ«من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك طب فهو ضامن»[١٤٣]، واتفق الفقهاء على تضمين الطبيب الجاهل، وحكى الإجماع على ذلك القاضي أبو الوليد بن رشد الحفيد رحمه الله حيث قال "ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن، لأنه متعدّ "[١٤٤]

١٤٠- د. أحمد شرف الدين -الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - الطبعة الثانية - ١٤٠٧هـ - مصر- ص ٤٠-٤١.

١٤١- ابن مفلح - الآداب الشرعية والمنح المرعية - مكتبة الرياض - عام ١٣٩١ هـ - جـ ٣ ، ص ٤٧٣ .

١٤٢-ابن المناصف - محمد بن عيسى في كتابه تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام - المطابع الموحده دار التركي - تونس عام ١٤٠٨ هـ ص ٣٥٤ .

١٤٣- أبو داود - السنن كتاب الديات جـ١٨ ، ص ١٠٧ - أخرجه الدار قطني وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، كما في المستدرك جـ٤، ص ٢١٢. والقول بأنه حديث مرسل أقوى من القول بأنه مرفوع.

١٤٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ٢ ،ص ٣١٣ .

والمتطبب الجاهل، يستحق العقوبة الموجعة وإلى هذا ذهب المالكية، فقد قال الإمام برهان الدين بن فرحون " وإن كان الخاتن غير معروف بالختن والاصابة فيه وعرّض نفسه فهو ضامن لجميع ماوصف في ماله، ولا تحمل العاقلة من ذلك شيئاً، وعليه من الإمام العدل العقوبة بضرب ظهره وإطالة سجنه، والطبيب والحجام والبيطار فيما أتى على أيديهم بسبيل ما وضعنا في الخاتن "[١٤٥]

وعند الإمام أبي حنيفه يري الحجر على كل من (المفتي الماجن ، الطبيب الجاهل والمكاري المفلس "[١٤٦]

٣- وكذلك قالوا : إن الطبيب إذا أكره المريض على قطع جزء منه فيه أكلة أو سلعة فما يترتب على القطع مضمون بالقصاص، ولا ينفي هذه المسئولية إلا كون المريض صغيراً والقائم بعلاجه وليه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه المتولي عليه لأنه قصد مصلحته "[١٤٧] .

٤- وسئل صاحب المحيط عن رجل فصد نائماً، فتركه حتى مات من سيلان الدم قال : يجب عليه القصاص"[١٤٨]، ويشترط فقهاء المالكية في القصاص إنتفاء الحق والشبهة "[١٤٩] ، كما يشترط الخطابي عدم إذن المريض وفي ذلك قال عنه الإمام ابن القيم " قال الخطابي لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً ، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدٍ فإذا تولد من

١٤٥- تبصرة الحكام جـ ٢ ، ص ٢٣١ .

١٤٦- الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ط٢ دار مكتبات العربي بيروت عام ١٣٩٤ جـ٦٩١ .

١٤٧ إبن قدامه - المغني والشرح الكبير - دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى ١٣٤٦هـ -جـ ١، ص ٣٤٩-٣٥٠.

١٤٨- أبو الوليد ابن الشحنة - لسان الحكام في معرفة الأحكام- مطبعة جريدة البرهان - الإسكندرية مصر ١٢٩٩ - جـ٢ ، ص ٨٦.

١٤٩- محمد عليش - رفع الجليل على مختصر العلامة خليل - دار الفكر - بيروت ١٤٠٤هـ - جـ٤٣ ، ص ٤٤.

فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود، لأنه لا يستبد بذلك بدون إذن المريض"[١٥٠]، والوجة الآخر أن استبداده وعدم إذن المريض له موجب للقصاص منه وفي حالة عدم إذن المريض يشترط الإمام أبو محمد بن حزم لانتفاء القصاص عن الطبيب عدة شروط هي:

١- أن يكون الطبيب محسناً في عمله لقوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ "[١٥١].

٢- أن تقوم البينة على أن الجزء المقطوع من المريض لا يرجى له برؤ ولا توقف .

٣- أن تقوم البينة على أنه مهلك لا محالة .

٤- أن تقوم البينة على أنه لا دواء له إلا القطع ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط فعلى القاطع القود لأنه حينئذ متعد ، وتتحقق مسئولية الطبيب الجنائية إذا ثبت سوء نيته وقصده الجنائي حتى لو أدى عمله إلى إصلاح المريض لأن فعله في هذه الحالة يقع فعلاً محرماً معاقباً عليه، إذ المفروض فيه أن يؤدي عمله بقصد نفع المريض وبحسن نية، فإذا قصد قتل المريض أو كان سيء النية في عمله فهو مسئول عن فعله جنائياً ومدنياً "[١٥٢].

معيار التعدي :

لا إشكال في حالة ثبوت سوء نية الطبيب وقصده الجنائي المتمثل في قصد الإضرار بالمريض، والذي يوصف بالتعدي عمداً، وذلك لأن هذا الفعل يقع محرماً

١٥٠- ابن القيم - زاد المعاد - دار الفكر - بيروت - جـ٣ ، ص ١٠٩ .

١٥١- سورة المائدة الآية (٢) .

١٥٢- بتصرف - المحلى - تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ونشر دار الآفاق الجديدة -بيروت-لبنان-. جـ١٠ ، ص ٤٤٤ .

ومعاقباً عليه، وهذا في الواقع المشاهد تصور إستثنائي ، إذ الأصل أن يمارس الطبيب مهنته، بقصد العلاج وتحقيق مصلحة المريض .

وإنما الإشكال، في ضبط مدى التحوط الواجب على الطبيب، وهو يؤدي عمله، وذلك لإختلافه من موقف إلى آخر بإختلاف الظروف والعوامل التي ينبغي أخذها في الإعتبار للحكم عليه بالتقصير والإهمال .

وقد أحال الفقهاء ضبط هذا الأمر من التحوط والتبصر، إلى أعراف الناس وعاداتهم في التعامل والسلوك قياساً على من هو في مثل وضعه.

" فكل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف " [١٥٣]. ويقول الإمام الشافعي رضي الله عنه (وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبطر دابته فتلفوا من فعله ، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه)[١٥٤] فقوله فإن كان فعل ما يفعل مثله أي كان سلوكه مألوفاً لم يخالف المعتاد قياساً على من هو في وضع كوضعه.

وحكم الفقيه الحنفي الحلواني[١٥٥] في قضية الصبية (التي سقطت من السطح فإنتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها، فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن؟ فتأمل ملياً ثم قال لا يضمن إن كان الشق بإذن، وكان معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم)* فمقياس التعدي عند هذا الفقيه فوات أي من الشروط التي ذكرها وهي:

١٥٣- السيوطي - الأشباه والنظائر - دار الكتب العلمية-بيروت - عام ١٣٥٩هـ، ص ٩٨.

١٥٤- الإمام الشافعي - الأم - ج٦ ، ص ١٦٦ .

١٥٥- هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح البخاري الملقب بشمس الأئمة - أخذ عنه السرخسي ، والبزدوي توفي سنة ٤٥٦ هـ " الفوائد البهية - ص ٩٥ - ٩٦ "

* { حاشية الطحاوي - جـ ٤ ص ٢٧٦ }

١- إذن المريض أو وليه .

٢- موافقته للمعتاد بين الأطباء والمألوف بينهم .

٣- موافقته لرسم مهنة الطب وأصولها الفنية .

ومعيار مخالفة المعتاد هذا معيار موضوعي[١٥٦]، وليس ذاتيًا [١٥٧]، حيث ينظر إلى الاعتداء على أنه واقعه مادية محضة يترتب عليها مسئولية المعتدي .

ويظهر أثر هذا المعيار في عملية الإثبات، حيث لا يجب على المتضرر إثبات عدم يقظة الطبيب وتبصره أو غفلته بل يكفيه إثبات مخالفة فعل الطبيب للمعتاد بين الأطباء ومجاوزته المألوف، والمعروف بينهم عند أداء مثل عمله .

وهذا المعيار، هو الذي نقيس به درجة الخطأ، ونعرف بواسطته ما إذا كان خطأ الطبيب فاحشاً أو غير فاحش " يسير " ذلك أن الطبيب لا يسأل جنائياً عن خطئه، إلا إذا كان خطأً فاحشاً، والخطأ الفاحش: هو ما لا تقره أصول مهنة الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب "[١٥٨]، ولا بد من أخذ درجة الطبيب في الحسبان، فإذا كان طبيباً عاماً تمت مساءلته مقارنة بما يفعله طبيب عام في درجته ومستواه، بإفتراض أنه واجه الحالة ذاتها. وإن كان الطبيب أخصائياً، تمت مساءلته مقارنة بطبيب أخصائي في مستواه "[١٥٩].

١٥٦- وهو معيار الرجل المعتاد اليقظ الحذر ويتحدد هنا الشخص بمتوسط العناية والحذر الذي يأتيه مثله ينتمي إلي نفس المجموعة المهنية التي ينتمي إليها الجاني - الوسيط في شرح جرائم القتل الجنائي للمستشار / معوض عبد التواب- مصر- ص ٢٢ .

١٥٧- المعيار الذاتي : هو الذي يحدد العناية الواجبة وفقاً للنظرية الشخصية بالنظر إلى العناية التي إعتاد عليها المتهم في مثل ظروف الواقعة . معوض عبد التواب المرجع السابق، ص ٢٥ .

١٥٨- والخطأ الفاحش يعرف أيضاً بأنه الخطأ الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر . أنظر الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د. أحمد شرف الدين - ط٢- عام ١٤٠٧ هـ - دار الكتب القاهره -مصر- ص ٥٤ .

١٥٩- د. عبد الرحمن النفيسة المرجع السابق ١٤١١هـ، ص ١٧٧ .

الفرع الثاني
الضـــرر

تعريفه :

أ- في اللغة :

الضَر "بفتح الضاد " ضد النفع ، وهو مصدر ضره يضره .

وضارَّه " بالتشديد " بمعنى ضره وأضر به . والضُر " بضم الضاد " إسم بمعنى الفاقة والفقر أي الهزال وسوء الحال [١٦٠] ومن ذلك قوله تعالى ﴿ مسنى الضر﴾ [١٦١] أي المرض والضرر : إسم يراد به كل أذى يصيب الإنسان، وفي لسان العرب الضرر بمعـنى الضيـق [١٦٢].

ب- إصطلاحاً :

هو إلحاق مفسدة بالآخرين [١٦٣].

وقد عرفـه البعض[١٦٤] بأنـه (إتلاف جـزئي أو كلي لشئ مـادي) والمقـصـود بالإتلاف أن يفقد الشئ منفعته كلاً أو بعضاً [١٦٥]، وعند البعـض الآخر (كل إيذاء يلحق الشخص، سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته)[١٦٦]، وعرفه

١٦٠- أنظر المصباح المنير للفيومي - مادة ضرر - ص ٣٦٠ -٣٦١ .

١٦١- سورة الانبياء آيه ٨٣ .

١٦٢- لسان العرب - باب الضاد - مادة ضرر ص ٢٥٧٢ وما بعدها .

١٦٣- الفتح المبين لشرح الأربعين لإبن حجر الهيثمي ٢١١ القاهرة - ١٣٢٠ - ١٣٢٢هـ

١٦٤-د. شفيق شحاته النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية - طبع مطبعة الإعتماد - القاهرة- ص ١٧٨.

١٦٥- عرفه الكاساني في كتابه بدائع الصنائع جـ ٧ - صـ ١٦٤ بأنه إخراج الشئ من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة . كقتل الحيوان وتمزيق الثوب .

١٦٦- المدخل الفقهي للأستاذ الزرقا : ف ٥٨٦ ، والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة للدكتور صبحي المحمصاني ١ ص ١٦٩ وما بعدها ط ١٩٤٨م ، ونظرية الضمان للدكتور وهبه الزحيلي - ٢٣ .

إبن حجر الهيثمي فقال هو (إلحاق مفسدة بالغير)[١٦٧] غير أنه لايشمل الحاق المفسدة بنفسه فهو غير جامع، لذلك فإننى أرى أن يعرف الضرر بأنه { إلحاق مفسدة بالشخص أو بالأخرين } فهذا التعريف المختصر شامل للإفساد الحسي[١٦٨]، والضرر المعنوي[١٦٩]، وشامل للضرر الخاص الذي يصيب الفرد مباشرة والضرر العام الذي يصيب المجتمع بتعريض الأمن والسلامة للخطر والتهديد.

فالطبيب الذي يمارس مهنة الطب بدون ترخيص نظامي [١٧٠]، قد اضر بمصلحة الجماعة وإن لم يترتب على فعله ضرر مباشر لأفراد المجتمع ، حيث أن المجتمع قد تعرض للإفساد من جراء عدم إلتزام ذلك الطبيب بأنظمته التي جاءت لتحمي مصالحه وتنظم شئونه ، ولو ترك هذا الطبيب دون مساءلة لتعرضت مصالح الأمة الراجحة للخطر والفساد .

أقسام الضرر :

يمكن تقسيم الضرر بإعتبار ما يقع عليه إلى قسمين هما :

١- ضرر حسي (مادي) وهو إلحاق مفسدة مادية حسيه بالغير ، وقد يكون بإتيان فعل أو قول ينتج عنه أذى للشخص في نفسه، أو ماله وهو ما يعرف بالضرر الإيجابي .[١٧١]

١٦٧- الفتح المبين لابن حجر الهيثمي - صـ ٢١١

١٦٨- ويعبر عنه عن شراح القانون بالضرر المادي .

١٦٩- يعبر عنه عند القانونيين بالضرر الأدبي .

١٧٠- وهذا الترخيص النظامي من الأمور الموكلة لولي أمر المسلمين الذي يضع لها القواعد والشروط ومنها أن يكون حائزاً علي درجة البكالوريوس في الطب من جامعة معترف بها وأن يجتاز الفترة التدريبية التي يراها . وفي ذلك التنظيم مصلحة راجحة وواضحة للأمة .

١٧١- السيد رضوان محمد جمعة - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها - رسالة دكتوراه مقدمه لجامعة الأزهر -مصر- عام١٤١٣هـ- ص ٣٤٧ .

وقد يكون هذا الضرر ناتجاً عن إمتناع الطبيب عن إسعاف مريض وكان في إمكانه إسعافه وهذا يعرف بالضرر السلبي وقد يكون الضرر الحسي بدنياً يصيب المريض في جسمه، وقد يكون ضرراً مالياً يصيبه في ماله نتيجة لما تكبده من مصاريف علاجية كأثر لتعدي الطبيب وتقصيره، وقد اهتم الفقه الإسلامي بصفة خاصة بالأضرار البدنية وذلك يرجع لشرف الانسان ومكانته مقارنة بالمال أو غيره"[١٧٢]، فهذا النوع من الضرر يقع على النفس أو الأطراف أو المنافع، وفي ذلك الجزاء المقرر شرعاً بحسب حالة الطبيب المتعدي في العمد والخطأ والتقصير والأهمال، وسوف يمر بنا تفصيل ذلك في آثار المسئولية إن شاء الله.

٢- ضرر معنوي " أدبي ": وهو إلحاق مفسده غير حسية بالآخرين "[١٧٣] وهو الضرر الذي يصيب الإنسان في شخصه سواء كان ذلك الضرر يمس كرامته أو يؤذي شعوره أو يخدش شرفه أو يتهمه في دينه أو يسيء إلى سمعته أو غير ذلك[١٧٤] مما قد يصيب المريض نتيجة تعدي أو تقصير الطبيب كالآلام وتفويت الجمال وإفشاء أسرار المريض وغير ذلك من الأمور التي إطلع عليها الطبيب بمقتضى مهنته وأذاعها مما أدى إلى إصابة المريض بالضرر في شعوره وعرضه ومكانته الإجتماعية فكل ما يمس الآخرين ويسؤوهم في دينهم وعرضهم

١٧٢- د. عوض أحمد إدريس – الديه بين العقوبة والتعويض – دار مكتبة الهلال – بيروت – لبنان – ١٩٨٦م، ص ١٤٢.

١٧٣- د. محمد فوزي فيض الله – نظرية الضمان – ص ٩٢، وكذلك نظرية الضمان – وهبة الزحيلي – ص ٢٤.

١٧٤- فقد أخرج الإمام مسلم من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال (كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه) مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذري – تحقيق الشيخ الألباني، ٢ ، ٢٣٣ رقم (١٧٧٥) وفي هذا الحديث دليل لإعتبار الضرر المعنوي من المحرمات فالشتم والقذف لا يقلان أثراً عن سفك الدم وأكل المال بل قد يكون أثرهما أشد .

وشعورهم ومكانتهم في المجتمع يعد ضرراً معنوياً حرمته الشريعة الإسلامية وعاقبت عليه [١٧٥].

وأنقل لك من النصوص ما يؤيد ذلك :

١- قال الله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتو بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ﴾ [١٧٦]

٢- ما روي أنه ﷺ« عزر رجلاً قال لغيره يا مخنث » [١٧٧]

٣- ويقول الماوردي[١٧٨] (ولو تعلق بالتعزير حق الآدمي، كالتعزير في الشتم، ففيه حق للمشتوم، وحق للسلطة للتقويم والتهذيب، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم عليه، أن يستوفي له حقه من تعزير الشاتم فإن عفا المشتوم، كان ولي الأمر بعد عفوه على خيار في فعل الأصلح من التعزير تقويماً أو الصفح عنه عفواً) بتصرف [١٧٩].

٤- وفي الدر المختار قوله (لو ضرب أسواطاً ولم يكن لها أثر لا شئ في ذلك والمقصود لا شئ من الأرش والدية، ولكن عليه الأدب بما يراه الحاكم وقال أبو يوسف عليه أرش الألم ، وهي حكومة عدل) [١٨٠].

٥- وقال الحاكم الشهير[١٨١] في الكافي: إن قال : (أي لغيره) يا يهودي أو يا

١٧٥- د. السيد رضوان جمعة - العلاقه بين الطبيب والمريض - ص ٣٤٨ .

١٧٦- سورة النور آية ٢٤ .

١٧٧- تبيين الحقائق للزيلعي - جـ٣، ص ٢٠٧ .

١٧٨- هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي ، فقيه أصولي ولد سنة ٣٦٤ هـ ، له الحاوي الكبير في فروع الشافعيه ، وتفسير القرآن الكريم ، وأدب الدنيا والدين والأحكام السلطانيه وغيرها توفي رحمه الله سنة ٤٥٠ هـ .

١٧٩- الأحكام السلطانية للماوردي - ص ٢٢٩ - طبع دار الفكر بمصر سنة ١٤٠٤هـ .

١٨٠- حاشية رد المحتار على الدر المختار - جـ٥ ص ٥٧٦ - السيد رضوان - العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٣٤٩ .

١٨١- الدر المختار -جـ٥/٥٧٦ .

نصراني أو يا مجوسي أو يا أبن اليهودي فلا حد عليه ويعزر[١٨٢] .

٦- ونص الشافعية على أنه لو جرحه وبرئ ولم ينقص أصلاً أنه يعزر فقط إلحاقاً للجرح باللطم والضرب للضرورة ، وقيل بفرض القاضي شيئاً باجتهاده ورجحه البقليني[١٨٣] .

٧- ويقول إبن قيم الجوزيه (اتفق العلماء على أن التعزير، مشروع في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية في العظم والصغر وحسب الجاني في الشر وعدمه)[١٨٤] .

شروط الضرر

يشترط في الضرر الموجب لمسئولية الطبيب الجنائية أن يكون محقق الوقوع حالاً أو مستقبلاً .

مثال الحال : مانص عليه ابن عابدين بقوله (قطع الحجام لحماً من عينه "أي عين المريض" وكان غير حاذق فعميت. فعليه نصف الديه)[١٨٥] هذا إذا لم يصاحب هذا التعدي قصد الاضرار من الطبيب فإن صاحبه يقاد به .

وكذلك لو فعل الطبيب فعلاً بغير إذن المريض الكبير، أو إذن وليه إن كان صغيراً فإنه يسأل عن فعله ما لم تكن حالة ضرورة، وقد أشار إلي هذا الإمام إبراهيم بن فرحون المالكي رحمه الله بقوله: (قال ابن عبد السلام : وينفرد الجاهل

١٨٢- راجع السيد رضوان - العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٣٤٩ .

١٨٣- فتح الوهاب شرح منهج الطلاب للقاضي زكريا الانصاري بهامش حاشية البجيرمي عليه جـ٤/١٦١ .

١٨٤- معين الحكام للطرابلسي- طبعة تاسعة ١٣٩٣هـ، ص ١٩٠، ويقول ابن القيم أيضاً في كتابة- إعلام الموقعين - جـ٢ ، ص ١٠٩ (لما كانت مفاسد الجرائم متفاوته وغير منضبطه ، جعلت عقوبتها راجعة إلى إجتهاد الأئمة وولاة الأمور بحسب المصلحة في كل زمان ومكان ، بحسب أرباب الجرائم في أنفسهم ، فمن سوي بين الناس في ذلك وبين الأزمنة والأمكنة والأصول لم يفقه حكم الشرع) بتصرف .

١٨٥- حاشية المحتار جـ٦ ص ٥٦٧ - وأيضاً السيد رضوان - العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٣٥٥.

بالأدب ولا يؤدب المخطئ وهل يؤدب من لم يؤذن له فيه نظر)[١٨٦].

فظاهر قوله فيه نظر (يدل على أن القول بتأديبه محتمل، ويقوي إعتباره إذا نظرنا إلي مخالفة الطبيب للشرط المعتبر لجواز فعله ثم إننا لو لم نقل بتعزيره لأدى ذلك إلى فتح باب الخصومات بين أفراد المجتمع .

فالأولى تعزيره دفعاً للضرر العام، ما لم تكن هنالك ظروف إضطرارية إستدعت تدخل الطبيب (فالضرورات تبيح المحظورات)[١٨٧] وكذلك إذا امتنع الطبيب عن إنقاذ المريض المشرف على الموت نتيجة إصابته إصابة خطيرة وكان بإمكان ذلك الطبيب مواساته وإسعافه .

والضرر بالنسبة للمسئولية الجنائية له صورتان[١٨٨] .

الأولى : الضرر الخاص: الذي يصيب المضرور مباشرة من جراء تعدي الطبيب وتقصيره ولابد من تحققه .

والثانية : الضرر العام: الذي يصيب المجتمع (وهو ضرر مفترض) فالطبيب الجاهل الذي يزاول مهنة الطب بدون ترخيص، لاشك أنه يضر بالأفراد الذين يقوم بمدواتهم نتيجة جهله وعدم معرفته .

ومن جانب آخر فهو يتسبب في إلحاق الأذى بالناس والاضرار بهم بصفة عامة

١٨٦- تبصرة الحكام جـ٢ ، ص ٢٣١ .

١٨٧- مصطفى أحمد الزرقاء-الفعل الضار والضمان فيه-دار القلم-دمشق-١٤٠٩هـ، ص ١٨٩.

١٨٨- وهذان الوجهان متلازمان كأنهما وجهان لعملة واحدة فالضرر العام مفترض دائماً ولكن قد يتصور وجود ضرر عام بدون ضرر خاص كما لو قام الطبيب بمزاولة مهنة الطب بدون ترخيص ولم ينتج عن ممارسة هذه أي ضرر خاص ، فالضرر العام موجود إذ أن امن المجتمع وحمايته يتطلب من ولي الأمر تنظيم ممارسة هذه المهنة ومعاقبة كل من يخالف التعليمات والانظمة .

ولهذا نجد بعض الفقهاء ينصون على الحجر على المتطبب الجاهل [١٨٩] إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول: (يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام) [١٩٠].

قال الشيخ زين الدين بن نجيم رحمه الله، عند بيانه لفروع هذه القاعدة ومنها (جواز الحجر على البالغ العاقل عند أبي حنيفة رحمه الله في ثلاث (المغني الماجن والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس دفعاً للضرر العام) [١٩١]هـ.

والضرر العام المقصود هنا هو ما سيلحق المجتمع بسبب المتطبب الجاهل .

مثال المستقبل: ومثال الضرر المحقق وقوعه مستقبلاً الأضرار المتراخية في ظهورها فقد يحدث بعض الضرر ويكمن بعضه ثم يظهر متفاقماً في المستقبل كأن يترتب على خطأ الطبيب عجزاً بأحد أطراف المريض في الحال وإصابته بالشلل النصفي مستقبلاً ، أو بفقدان بصره أو سمعه مستقبلاً أو وفاته .

وقد بحث الفقهاء هذا النوع من الضرر في الجنايات والشجاج ونصوا على أنه (لا يقاد جرح إلا بعد برئه) [١٩٢].

وذلك استناداً على ما روي عنه ﷺ «أنه نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه» [١٩٣].

وعللوا ذلك أيضاً بكون الجراحات يعتبر فيها مآلها لإحتمال أن تسري إلي النفس فيظهر أنه قتل، فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فتستقر به [١٩٤] .

١٨٩- ومن هؤلاء الفقهاء الامام أبو حنيفة يرحمه الله ، ونص على ذلك الشيخ احمد الزرقاء - إنظر شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ١٤٤ .

١٩٠- الاشباه والنظائر لأبن نجيم ٨٧ وكذلك شرح القواعد الفقهية للزرقاء ١٤٣ ،١٤٤.

١٩١- الأشباه والنظائر لأبن نجيم ص ٨٧ .

١٩٢- حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ٥ - المرجع السابق ص٥٤٣- مشار إليه لدى السيد رضوان - المرجع السابق، ص٣٥٦.

١٩٣- رواه أحمد في سننه جـ ١١ ، ص ٢٢٥ رقم ٧٠٣٤ وهو حديث صحيح وإسناده صحيح .

١٩٤- السيد رضوان-العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٣٥٦ .

وهذا يفيد أن المعتبر في الضرر الواقع على النفس ما يؤدي إليه فإن أدى إلى الموت وكان عمداً وجب القصاص وإن كان خطأ وجبت الدية والتعزير بحسب حال المخطئ وكذلك الكفارة [١٩٥]. وإن أدى جرح اليد إلى عطبها فقطعت وجب القصاص من القاطع عمداً والدية في الخطأ [١٩٦]، وهكذا يكون الضرر المحقق وقوعه في المستقبل بمنزلة الضرر المحقق وقوعه حالاً . فالمنظور إليه دائمًا هو تحقق الضرر حالاً أو مالاً [١٩٧] .

١٩٥- بدائع الصنائع جـ ٧ ، ص ٢٥١ وكذلك المغني لابن قدامه جـ ١٠ ، صـ ٤٠ والهداية وشرحها . جـ ٩ ، ص ١٤٣ .

١٩٦- المغني والشرح الكبير جـ ٩ ، ص ٢١٨ ، والإقناع جـ ٤ . ص ١٦٢ .

١٩٧- السيد رضوان محمد جمعة - العلاقة بين الطبيب والمريض - ص ٣٥٦ .

الفرع الثالث
الإفضاء

ويعبر عنه الفقهاء المعاصرون برابطة السببية[198] ، والإفضاء في إصطلاح الفقه الإسلامي هو أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه، إذا انتفت الموانع.[199]

ومقصودنا بالإفضاء، هو تلك الرابطة التي تربط التعدي بالضرر، الذي يسأل عنه الطبيب وبمعنى آخر أن هذا التعدي هو الذي أفضى إلى ذلك الضرر، حيث يشترط لمسئولية الجاني عن الجريمة المنسوبة إليه أن تكون ناشئة عن فعله وأن يكون بين الفعل الذي أتاه والنتيجة التي يسأل عنها علاقة سببية، فإذا قطع الجاني يد المريض من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق، فمات نظر في الأمر فإن كانت جراحة الأول برئت قبل قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده وعليه القصاص أو الدية كاملة إن عفى عن قتله، وإن لم تبرأ فهما قاتلان وعليهما القصاص [200]

وقضي فيمن يضرب رجلاً يعيش بعدها المجني عليه حيناً من الزمن ثم يموت ويكون قد أمضى الفترة بين فعل التعدي والوفاة ضعيف القوى ، بأن عدوان الجاني شبه عمد وفيه دية مغلظة ولا قود منه ، ذلك ما لم تكن الوفاة قد تحققت من فعل الضرب [201] .

١٩٨- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي -جـ ١ ، ص ٤٥٨ .

١٩٩- د. محمد فوزي فيض الله - نظرية الضمان - ص٩٦ .

٢٠٠- المغني لإبن قدامة جـ ٧ ، ص ٦٧٣ .

٢٠١- أحمد بن تيمية- الفتاوى الكبرى-الدار العربية للطباعة والنشر-لبنان-١٣٩٨هـ، جـ ٤ - المسألة رقم ٣٠٩ ، ص ٢١٦ وما بعدها .

كما قضي بتوافر علاقة السببية بين فعل التعدي بالضرب على مريض إذا زاد الضرب الشديد من مرضه ومسئولية الجاني عن الآلام التي سببها للمجني عليه[٢٠٢].

فلا بد من وجود علاقة سببية بين التعدي والضرر حتي تقوم المسئولية عن ذلك الضرر .

فمن حفر بئراً في ملكه فوقع فيها شخص دخل أرضه دون إذنه، فمات فلا مسئولية على حافر البئر، لحصول الضرر بلا تعدٍ منه وإذا مات ببول الدابة في الطريق فإن صاحب الدابة لا يكون مسئولاً عن ذلك لأنه لا يمكن التحرز منه [٢٠٣]، بخلاف ما إذا القى قشرة الموز أو نحوه في طريق العامة فزلق أحد المارة فانكسرت ساقه فإنه يسأل عن جناية خطأ وكذلك لو حفر بئراً في الطريق العام لمصلحة نفسه ووقع فيها شخص فمات بسبب الوقوع بخلاف ما لو مات بسبب الجوع فإنه لا مسئولية على الحافر فموته بسبب آخر غير التعدي وهو الجوع . [٢٠٤]

المباشرة والتسبيب :

لا يكون من الصعب القول بوجود علاقة السببية بين التعدي والضرر إذا اتصل فعل الجاني بالنتيجة إتصالاً مباشراً وأحدث الجريمة المعاقب عليها بذاته وبدون واسطة بيد أنه قد تثور الصعوبة في التعرف على هذه العلاقة إذا كان التعدي سبباً في إحداث النتيجة المعاقب عليها ونظراً لأهمية هذا الموضوع فسوف نستعرضه بإيجاز في الفقرات التالية :

٢٠٢- انظر الفتاوى لابن تيمية ص ٣٢١ .

٢٠٣ منصور بن إدريس - شرح كشاف القناع على متن الإقناع جـ٤، ص ٣.

٢٠٤ د. عوض إدريس- الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن - دار ومكتبة الهلال - بيروت - لبنان ١٩٨٦م - ص ١٤٣ .

١- معني المباشرة والتسبيب .

٢-مسئولية المباشر ومسئولية المتسبب الجنائية .

٣- تعدد الأسباب .

٤- تسلسل السببية .

٥- إثبات السببية .

٦- إنتفاء السببية .

١- المباشرة والتسبب :

قد تقع الجريمة بطريق التسبب كما تقع بطريق المباشرة

والتسبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته ولكن بواسطة وكان علة للجريمة [٢٠٥] كحفر البئر في طريق المجني عليه وتغطيتها، بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أو مات [٢٠٦]. ومثال ذلك بالنسبة للطبيب كما لو قام بوصف دواء سام للمريض أدى إلي أصابته أو وفاته ويقول الإمام الغزالي (وحد المباشرة إيجاد علة التلف كالقتل والإحراق، وحد السبب : إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى)[٢٠٧].

والمباشرة : هي ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة وكان علة للجريمة [٢٠٨] كذبح شخص بسكين فالذبح يحدث الموت بذاته وهو في نفس الوقت علة الموت [٢٠٩].

فالطبيب عندما يقصر في واجبه فيقوم ببتر الساق السليمة، أو خلع السن السليمة، بدلاً من الساق أو السن المريضة يقع فعله هذا فعلاً مباشراً أما لو رفض

٢٠٥- الدكتور المرسي السماحي-الجناية على الأبدان وموجبها في الفقه الإسلامي-مكتبة عالم الفكر -مصر-١٩٨٥م، ص ١٠٥.

٢٠٦- عبد القادر عوده - التشريع الجنائي الإسلامي - جـ ١ ، ص ٤٥٥ وما بعدها .

٢٠٧- أبي حامد الغزالي-الوجيز - ط الآداب والمؤيد القاهره ١٣١٧هـ ، جـ١ ، ص ٢٠٥ - جـ ٢ ، ص ١٤٨.

٢٠٨- عبد القادر عوده - التشريع الجنائي - جـ ١ ، ص ٤٥١ .

٢٠٩- د. المرسي السماحي-الجناية على الأبدان وموجبها في الفقه الإسلامي - ص ١٠٥ .

الطبيب إسعاف مصاب وبإمكانه مواساته وإسعافه فمات فإنه يسأل عن جريمة امتناع أو بمعنى آخر تعدي سلبي يتسبب في وفاة المريض وتكون جريمته هنا بطريق التسبب .

٢- مسئولية المباشر والمتسبب الجنائية:

وفقاً لاحكام الشريعة الإسلامية، فإنه لا فرق في المسئولية الجنائية بين المباشر والمتسبب[٢١٠]، فكلاهما مسئول جنائياً عن فعله بيد أن هذه المساواة بينهما في المسئولية لا تستلزم تساويهما في الجزاء، وبخاصة في جرائم الحدود حيث أن عقوبة الحد لا تجب إلا على مباشر[٢١١]، ولا يمكن في جرائم الحدود معاقبة المتسبب بعقوبة حدية وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية .

أما بالنسبة لجرائم القصاص فإنها تقع على المباشر والمتسبب معاً وهذا هو رأي الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد[٢١٢]

ويري الإمام أبو حنيفة عدم المساواة بين المباشر للقتل عمداً والقاتل عمداً، بالتسبب مع أنه يعتبر الفعل في الحالتين قتلاً عمداً وهو يخصص عقوبة القصاص للقاتل المباشر ويدرأها عن القاتل المتسبب[٢١٣] وحجته، في ذلك أن عقوبة القتل العمد هي القصاص والقصاص يقتضي المماثلة وهو في ذاته قتل بطريق المباشرة، ولا مماثلة بين التسبب والمباشرة.

ومع تقديري لهذا الرأي إلا أنني أرى رجاحة رأي الأئمة الثلاثة لان هذه

٢١٠- عبد القادر عوده - التشريع الجنائي - جـ١ ، ص ٤٥٥ وما بعدها .

٢١١- المغني - جـ٩ ، ص ٣٢٦ -ونهاية المحتاج - جـ٧ ، ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ .

٢١٢- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب-مواهب الجليل-دار الفكر -بيروت- ط٢-١٣٩٨هـ، وكذلك المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٣٣١، وكذلك عبد القادر عوده -التشريع الجنائي-ج١ ص٤٥٥ ومابعدها.

٢١٣- الاشباه والنظائر لإبن نجيم - ص ٨١ .

الجرائم تقع غالباً بطريق التسبب أكثر مما تقع عن طريق المباشرة ولو قصرنا عقوبة القصاص على المباشر دون المتسبب لترتب على ذلك تعطيل نصوص القصاص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الجناة سيتخذون هذه الوسيلة للهروب من القصاص فيعدلون عن طريق مباشرتهم القتل إلي تسببهم فيه والنتيجة واحدة وهي إزهاق الروح أو قطع طرف ، وهذا لا يتفق مع مقصد الشريعة في المحافظة على الأنفس وصيانة الدماء .

وفي جرائم التعزير لا فرق بين مسئولية المباشر والمتسبب الجنائية[٢١٤]، إلا أن هذه التسوية كما قلت لاتستلزم التسوية في الجزاء ذلك لأن عقوبة التعازير غير مقدرة شرعاً[٢١٥] وللقاضي حرية واسعة وسلطة تقديرية في إختيار العقوبة التي يراها كافية لردع الجاني، وتحقيق المصلحة في حفظ أمن المجتمع .

٣- تعدد الأسباب :

إذا تعددت أسباب الضرر، فإن السؤال الآتي يطرح نفسه وهو: هل يشترك جميع الجناة في المسئولية أم يتفرد بها أحدهم دون الآخرين ؟

وللإجابة على هذا السؤال فإن الأمر لا يخلو من حالتين :

أ- فإن كان الجناة جميعاً مباشرين، أو كانوا جميعاً متسببين، فهم جميعاً مسؤولين على حد سواء[٢١٦]، وذلك كما لو اشترك جماعة في قتل واحد فإنه

٢١٤- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - جـ١ ، ص ٤٥٦ .

٢١٥- العقوبات التعزيرية متروكة للقاضي وولي الأمر وهي مصدر من مصادر الكمال في الشريعة الإسلامية، حيث منحة القاضي سلطة واسعة لتقديرها بحسب الزمان والمكان والأفراد.

٢١٦- أي مسئولون مسئولية جنائية ومسئولية مدنية.

يقتص منهم جميعاً وهذا رأي جمهور الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة[٢١٧] مستدلين على ذلك بفعل عمر رضي الله عنه حيث قتل سبعة من أهل صنعاء برجل وقال (لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً)[٢١٨]رواه مالك في الموطأ عن عمر.

وقال بعض الصحابة والتابعين والظاهرية : لا تقتل الجماعة بالواحد وإنما يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية لأن كل واحد منهم مكافئ للمقتول فلا تستوفى أبدال عبدٍ واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد [٢١٩].

ب- ***وإما أن يجتمع مباشرة وتسبب فلا يخرج الأمر عن ثلاثة فروض:***

الأول: أن يغلب السبب المباشرة، كما لو لم تكن المباشرة عدواناً وفي هذه الحالة تقع المسئولية على المتسبب دون المباشر .

الثاني: أن تغلب المباشرة السبب وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله. كمن ألقى إنساناً في ماء يقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح في الماء[٢٢٠].

وكذلك من ألقى إنساناً من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقطع رقبته بالسيف أو أطلق عليه عياراً نارياً فقتله قبل وصوله إلى الأرض [٢٢١]، فالمسئولية في الحالتين على المباشر، وعليه وحده القصاص ويعزر المتسبب ومثاله بالنسبة للعمل الطبي كما لو قام مساعد الطبيب بإمساك المريض ليقوم الطبيب

---

٢١٧ بداية المجتهد ونهاية المقتصد - جـ٢ ، ص ٣١٢ .
المغني لابن قدامة - جـ ٧ ، ص ٦٧١ وما بعدها .
المحلى لابن حزم - جـ ١٠ ، ص ٦٠٧ .
ومن الكتب المعاصرة . نظرية الضمان وهبة الزحيلي - ص ٣٧ ونظرية الضمان - محمد فوزي فيض الله ص ٩٨ .

٢١٨- الدر المختار - جـ ٥ ، ص ٣٩٤ . وكذلك المغني - جـ٧ ، ص- ٦٧١ وما بعدها .

٢١٩- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - جـ ١ ، ص ٤٥٧ .

٢٢٠- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - جـ١ ، ص ٤٥٧ .

٢٢١- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي جـ ١ ، ص ٤٥٧ .

بإجراء عملية جراحية لذلك المريض دون رضاه ويصاب المريض بنزيف حاد بسبب إهمال الطبيب وعدم أخذه الإحتياطات اللازمة وعدم إتباعه الأساليب الفنية المعتادة فالمساعدون متسببون والطبيب مباشر، وقد غلبت المباشرة هنا التسبب فعلى المباشرالجزاء والضمان ويعزر المساعدون .

ويرى بعض الفقهاء أن المباشرة لا تقطع عمل المتسبب إذا كانت السلامة من السبب غير متوقعة، أما إذا كان السبب يسلم منه فتقطع المباشرة عمل السبب[٢٢٢] .

ويرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا إجتمعت مباشرة وسبب وكانت المباشرة عدواناً فإنها تقوم دائماً ويضاف الحكم إلى المباشر دون المتسبب والإضافة هنا لا تعني إعفاء المتسبب[٢٢٣] من المسئولية حيث أنه يعاقب تعزيراً.

الثالث: أن يتساوى السبب والمباشرة : وفي هذه الحالة يكون المباشر والمتسبب مسئولين معاً عن نتيجة الفعل[٢٢٤]، كما لو قام الطبيب بأمر أحد معاونيه مكرهاً إياه على إعطاء المريض حقنة بنسلين دون إختبار حالة المريض، ودون مراعاة لأصول مهنة الطب المتعارف عليها. وقام المساعد مكرهاً بهذا العمل فنتج عن ذلك وفاة المريض فوراً فالآمر وهو الطبيب متسبب والمساعد " الممرض " مباشر وهو مكره والآمر والمكره مسئولين عن القتل.

ويرى الإمام أبو حنيفة : أن السبب لا يتساوى مع المباشرة أبداً وذلك لأنه يضيف الحكم للمباشر كلما أجتمع سبب ومباشر[٢٢٥] وكانت عدواناً ولأنه يعتبر صاحب السبب مباشراً إذا كان المباشر آلة في يده .

٢٢٢- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي - ص ٤٥٦ .

٢٢٣- أحمد فتحي بهنسي - المسئولية الجنائية في الفقة الإسلامي- ص ٥٠ .

٢٢٤- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي - ص ٤٥٨ .

٢٢٥- مصطفى أحمد الزرقاء - الفعل الضار والضمان فيه - ص ٩٢-٩٤.

٤- تسلسل السببية :

قد يحدث الضرر للمريض نتيجة تداخل عدة أسباب، فهل ينسب الضرر إلي جميع هذه الأسباب أم ينسب إلى السبب الأقوى، الذي كان له الدور الفعال في إحداث الضرر؟ لبيان ذلك أورد المثال التالي :-

أحدث الجاني بالمجني عليه جرحاً بقصد قتله فنقل المجني عليه إلي المستشفى ليتم علاجه وإسعافه وقام الطبيب بإجراء عملية لعلاج المريض فنتج عنها إصابته بحالة غيبوبة وشلل كامل الأمر الذي ترتب عليه بقاء المريض بالمستشفى حتى يفيق وفي تلك الأثناء شب حريق بالمستشفى، نتج عنه وفاة المريض المجني عليه محروقاً، فهل يسأل الجاني عن الموت بإعتبار أن الجرح الذي أحدثه كان سبب نقل الجاني إلي المستشفي الأمر الذي ترتب عليه خطأ الطبيب وتولد عنه موت المجني عليه محترقاً[٢٢٦].

أم يسأل الجاني عن الجرح فقط، والطبيب عن الخطأ فقط أم يسأل المستشفى، أم يسأل الجاني والطبيب معاً، أم يسأل المتسبب في الحريق بإعتبار أن الوفاة كانت عائدة إلى نية مباشرة ؟

والإجابة على ذلك تتحقق في أن الفقهاء يُحَكِمُون العرف [٢٢٧] في هذه المسألة فما اعتبره العرف سبباً ملائماً للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سبباً بعيداً وما لم يعتبره كذلك فلا يكون سبباً لها ولو كان سبباً قوياً وهذا المسلك في نظري أقرب

٢٢٦- أصل المثال المطروح - في التشريع الجنائي - عبد القادر عودة - جـ١ ، ص ٤٥٩ .

٢٢٧- فالعادة محكمة . قال تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين﴾ ، والعرف صادر عن الناس الذين اعتادوه وتعارفوا عليه وألفوه، فأصبح الخروج عليه منتقداً وهذا العرف الصحيح ، وليس المقصود هنا العرف الباطل الذي يتعارض مع الشرع ، ومن قواعد العرف . لا ينكر تغير الأحكام بتغيير الأزمان وكذلك . المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

للعدالة وألصق بطبائع الأشياء.

فالجاني يسأل بإعتباره جارحاً فقط، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهي الموت وذلك لأن العرف لا يعتبر الجاني قاتلاً في هذه الحالة .

والطبيب يسأل عن خطئه الطبي، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهي الموت، والمتسبب في الحريق يسأل عن النتيجة النهائيه بإعتباره مباشراً لها "[٢٢٨]

٥- إثبات السببية :

تطبيقاً للقاعدة الفقهية (البينة على من إدعى واليمين على من أنكر)[٢٢٩] فإن المدعي المتضرر مطالب بإثبات تعدي الضار وخطئه لو كان ذلك قد أدى إلى الإضرار به فالمريض أو المضرور مطالب بإثبات ما أصابه من ضرر فإن لم يستطع إثبات ذلك فلا يكلف الطبيب ببيان مصدر الضرر الذي أصاب المريض لأن الأصل براءة الذمة "[٢٣٠].

٦- إنتفاء السببية :

إذا أثبت المريض أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة تعدي الطبيب، فإن الطبيب لا يستطيع أن يدفع عن نفسه المسئولية إلا بإثبات أن الضرر كان بسبب أجنبي عنه:

والسبب الأجنبي قد يكون مرجعه إلى الأتي:

٢٢٨- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - جـ ، ص ٤٥٩ وما بعدها . وانظر كذلك البهنسي المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي - ص ٤٩ وما بعدها .

٢٢٩- وهذه القاعدة الفقهية هي جزء من الحديث الذي أخرجه الترمذي وابن ماجه وابن حبان، وأخرجه البيهقي بإسناد صحيح في السنن الكبرى-مطبعة دار المعارف العثمانية- حيدر أباد-الهند ١٣٥٥هـ، جـ١ ص ٢٥٣.

٢٣٠- الأشباه والنظائر للسيوطي - ص ٥٩ ، وراجع أيضاً السيد رضوان - العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٣٥٦.

أولاً: " القوة القاهره " ويعبر عنها الفقهاء بالآفة السماوية ".

وهي كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان وإرادته وسيطرته[٢٣١] وبعبارة أخرى " هي أمر ليس في الامكان الإحتراز عنه ولا في الوسع توقعه ويجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً[٢٣٢]، قيل في الدر المختار ورد المحتار (وأما الحاكم إذا قطع يد السارق فمات والختان والفصاد والبزاغ " أي البيطار " فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة[٢٣٣] أي فلا يضمن تلف النفس بعد إجراء عملية جراحية لمريضه إذا قام بواجبه على الوجه المعتاد[٢٣٤]، والطبيب لا يسأل عن الموت الفجائي، الذي حدث للمريض أثناء العملية الجراحية نتيجة التوقف المفاجئ للقلب .

ثانياً: خطأ المضرور:

فإذا كان ما أصاب المريض من ضرر يعود إلي خطأ مباشر من المريض نفسه، فإن الطبيب لا يسأل عن أي ضرر يعود للمريض، وذلك كما لو أدلى بمعلومات غير صحيحة عن مرضه، أو لم يتبع تعليمات الطبيب بشأن مقادير العلاج وكيفية التعامل مع مرضه، أو قطع العلاج من تلقاء نفسه الأمر الذي أدى إلى تدهور حالته الصحية، فالطبيب غير مسئول عن هذه الأضرار لكونها ناجمة عن خطأ المريض نفسه .

وقد قرر الفقهاء إنتفاء مسئولية الغير عن خطأ المضرور نفسه بإعتباره قد تسبب مباشرة في الإضرار بنفسه وأوردوا نصوصاً للتدليل على ذلك وامثلة لذلك فقالوا (إذا سار الرجل على دابة في الطريق ، فنخسها رجل أو ضربها فنفحته ،

٢٣١- صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود - مطبعة الكشاف-بيروت-١٣٦٧هـ جـ ١ ، ص ٢٠٨، وأيضاً السيد رضوان- العلاقة بين الطبيب والمريض ص ٣٥٧ .

٢٣٢- الدكتور السنهوري - مصادر الحق - جـ ٦ ، ص ٢٠١ .

٢٣٣- ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار- جـ ٥ ، ص ٤٠١ .

٢٣٤- وهبه الزحيلي - نظرية الضمان - ص ٣٤ ، وكذلك نظرية الضمان - د. محمد فوزي فيض الله - ص ١٠٥ .

كان دمه هدراً ، لأن ذلك تولد من نخسه فصار كأنه هو الذي جنى على نفسه)[٢٣٥]

ثالثاً: خطأ الغير :

إذا كانت الأضرار التي لحقت بالمريض نتيجة لتعدي شخص آخر غير الطبيب فإن علاقة السببية تنتفي بين الخطأ والضرر فلا يسأل الطبيب عن هذه الأضرار لكونها لا تعود إليه وليست صادرة من جهته[٢٣٦] .

فمثلاً : لو قام الطبيب بإجراء عملية جراحية في ساق المريض المكسورة ووضع الجبس على هذه الساق بغية علاج ما فيها من كسور، ثم جاء رجل ثالث وتشاجر مع هذا المريض المكسور وطرحه أرضاً فكسرت ساقه، فالطبيب لا يسأل عما أصاب المريض من أضرار نتيجة هذا السقوط، وذلك لكون هذه الأضرار التي أصابت المريض كانت نتيجة لتدخل سبب أجنبي هو خطأ الغير[٢٣٧] .

٢٣٥- إبن الشحنه - لسان الحكام في معرفة الأحكام ١٢٩٩هـ - ص ٩٣-٩٤، كذلك الدر المختار-مطبعة البابلي الحلبي- جـ٥ ص ٤٣١، وكذلك السيد رضوان محمد - العلاقة بين الطبيب والمريض- ص ٣٧٩-٣٨٠ .

٢٣٦- وهذا يتفق مع قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينه) حيث من القواعد المقرره شرعاً أن لا يسأل الأنسان عن عمل غيره ولا يجازى إلا علي أعماله قال تعالى : (ولا تزر وازرة وزرأخرى). وهذا من سماحة شريعة الإسلام وعدلها.

٢٣٧-السيد رضوان - العلاقة بين الطبيب والمريض- ص ٣٨٠.

المطلب الثاني
أركان مسئولية الطبيب الجنائية
فى النظم الوضعية

النشاط الاجرامي إما أن يكون مصحوباً بقصد جنائي وفي هذه الحالة يسأل صاحب النشاط مسئولية عمدية، أو يرتكب نتيجة لخطأ فتكون المسئولية غير عمدية، ونعني بالقصد الجنائي هنا: اتجاه إرادة الجاني إلى السلوك المجرم وإلى النتيجة الإجرامية مع الإحاطة بعناصر الواقعة الإجرامية حسب النموذج الإجرامي المحدد لها قانوناً "[٢٣٨].

أما في حالة الخطأ الجنائي غير العمدي فإن الجاني يأتي الفعل دون أن تتجه ارادته إلى إحداث النتيجة الضارة التي تقع بسبب عدم إتخاذه الحيطة والحذر وعلى ذلك يمكن القول بأن الجاني في الخطأ غير العمدي يريد السلوك ولا يريد النتيجة[٢٣٩].

والأصل أن يمارس الطبيب عمله الطبي بنية علاج المريض وتخفيف آلامه ونفعه ونادراً ما تتجه إرادته إلى الإضرار بصحة المريض أو ايذائه ومع ذلك فإنه اذا ثبت أن ذلك الطبيب كان يسعى من وراء عمله الطبي إلى الاضرار بالمريض أو قتله أو إتلاف أحد أطرافه أو منافعه فإن عمله هذا يخرجه عن وصفه طبيباً فينال عقوبته

٢٣٨- د. عبد الفتاح خضر - الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي- مطبوعات معهد الاداره العامة بالرياض - ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م ص ٢٧٨.

٢٣٩- د. محمد محي الدين عوض - القانون الجنائي - مبادئه الاساسية ونظرياته العامة ، مطبعة جامعة القاهرة- ١٩٨١م، ص ٣٤٥.

الجنائية المحددة في القانون وتتفق القوانين العربية والأجنبية في تشديد العقوبة، إذا كانت الجرائم عمدية وتخفيفها إذا كانت نتيجة لخطأ غير عمدي، فالمادة ٢٣٣ من قانون العقوبات المصري تنص على أن (من قتل نفساً عمداً بجواهر يتسبب عنها الموت عاجلاً أم آجلاً يعد قاتلاً بالسم أيا كانت كيفية استعمال تلك الجواهر ويعاقب بالإعدام).

أما الخطأ غير العمدي، فإنه يخضع للعقاب إستثناء في الحالات التي يحددها القانون. وفي نطاق دراستنا لأركان مسئولية الطبيب الجنائية في النظم الوضعية فإنه يمكننا القول بأن ما يأتيه الطبيب من جرائم عمدية ينطبق عليه ما ينطبق على الشخص العادي من عقاب ويساءل جنائياً عن فعله كما لو كان شخصاً عادياً وسأكتفي هنا ببيان الأركان القانونية التي يجب تحققها لمساءلة الطبيب جنائياً عن الخطأ الطبي المتمثل في عدم قيام الطبيب بالالتزامات التي تفرضها عليه مهنة الطب والقوانين المنظمة لهذه المهنة حيث أن إرتكاب الخطأ في العمل الطبي هو الأكثر وروداً في هذا المجال، ونتناول في هذا المقام بيان أركان هذه المسئولية ، فنحدد أولاً صور الخطأ الطبي ثم الضرر الذي نشأ عن الفعل وضرورة توافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة كل منها في فرع مستقل، ثم نفرد فرعاً مستقلاً للتطبيقات النظامية في مسئولية الطبيب الجنائية في المملكة.

الفرع الأول
الخطأ الطبي

١- تعريف الخطأ الطبي :

خلت معظم القوانين الجنائية من إيراد تعريف للخطأ فيتجه غالبها إلى عدم إيراد تعريف محدد للخطأ تاركة ذلك لشراح القانون[٢٤٠] ومن هذه القوانين على سبيل المثال قانون العقوبات المصري والقانون الأردني والعراقي والفرنسي والألماني والتركي[٢٤١]، ومن القوانين التي نصت على تعريف الخطأ القانون السويسري الصادر سنة ١٩٣٧م والذي عرف الخطأ في المادة ١٨/٣/ بقوله (يرتكب جناية أو جنحه عن طريق الإهمال كل من يتصرف بعدم تبصر دون أن يعني أو يضع في إعتباره نتائج فعله ويكون عدم التبصر آثماً إذا كان الفاعل لم يتخذ الإحتياطات التي تقتضيها الظروف ووضعه الشخصي).

وكذلك نص قانون العقوبات الكويتي الصادر سنة ١٩٦٠م في المادة الرابعة والأربعين منه على أنه (يعد الخطأ غير العمدي متوافراً إذا تصرف الفاعل عند إرتكاب الفعل على نحو لا يأتيه الشخص المعتاد اذا وجد في ظروفه بأن إتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال أو عدم الإنتباه أو عدم مراعاة اللوائح، ويعد الفاعل متصرفاً على هذا النحو إذا لم يتوقع عند إرتكاب الفعل النتائج التي كانت في إستطاعة الشخص المعتاد أن يتوقعها فلم يحل دون حدوثها من أجل ذلك أو

٢٤٠- منير رياض حنا - المسئولية الجنائية للاطباء والصيادلة - مصر -١٩٨٩ - ص٢٤.

٢٤١- د. عبد الوهاب حوق- دراسات متعمقة في الفقة الجنائي المقارن - مطبوعات جامعة الكويت ص٢٦٣.

توقعها ولكنه إعتمد على مهارته ليحول دون حدوثها فحدثت رغم ذلك.

لذلك فقد تعين على شراح القانون تحديد تعريف الخطأ بوجه عام بحيث يكون تعريفاً جامعاً ومانعاً.

وقد ذهب البعض إلى تعريف الخطأ بوجه عام بأنه " كل فعل أو إمتناع إرادي تترتب عليه نتائج لم يقصدها الجاني ولكن كان في وسعه ومن الواجب عليه أن يتجنبها"[٢٤٢].

وذهب رأي آخر إلى القول بأنه (عدم تذرع الشخص بالحيطة أو الحذر والتبصر المطلوبين من مثله ومن في مثل ظروفه فينتهي بنشاطه الإرادي إلى وضع إجرامي لم يتعمده ولكن كان بوسعه أو كان يجب عليه أن يتوقعه)[٢٤٣] ويرى فريق آخر أن الخطأ هو (عدم إتخاذ الجاني الحيطة الكافية لمنع النتيجة الضارة التي كان في وسعه توقعها وتجنبها)[٢٤٤]، ويؤخذ على هذه التعاريف عدم شمولها لصورة من صور الخطأ غير العمدي وهي صورة مخالفة الأنظمة واللوائح في الحالات التي لا يتطلب تحقق مسئولية الجاني فيها تحقق نتيجة جنائية وإنما مجرد تحقق وثبوت المخالفة. ويرى آخرون أن الخطأ هو إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في وسعه وكان واجباً عليه)[٢٤٥]، ويتضح من

٢٤٢- د. عبد المهيمن بكر سالم الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم الخاص - مطبوعات جامعة الكويت الطبعة الأولى - ١٩٧٢م ص ١٦٢.

٢٤٣ د. علي أحمد راشد - مبادي القانون الجنائي - بدون تاريخ-مصر- ص ٥٩٨ .

٢٤٤- د. سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات - القاهرة ١٩٧٧م ص٤٥٢.

٢٤٥- د. إسامة عبد الله قايد -مسئولية الطبيب الجنائية - ص ٢٠٧.

هذه التعريفات جميعاً أن الخطأ فعل وإمتناع " ترك " إرادي أي أنه نشاط إيجابي أو سلبي وتبين فيها أيضاً أن القصد الجنائي منعدم في الخطأ وهذا يعني أن إرادة الجاني تنصرف إلى إرتكاب الفعل المادي دون نية تحقيق أي وضع إجرامي معين أو ترتيب أي ضرر، مما يحظره القانون ويعاقب عليه فالجاني يريد الفعل ولا يريد النتيجة"[٢٤٦].

وما يهمنا من هذه التعاريف جميعاً، هو الخروج بتعريف جامع مانع للخطأ الطبي وهو لا يخرج عن نطاق التعريفات السابقة فالخطأ الطبي هو :عدم قيام الطبيب بالإلتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته "[٢٤٧]، أو هو: تقصير لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب "[٢٤٨]، والأصل أن إلتزام الطبيب في ممارسته لمهنته هو إلتزام ببذل عناية خاصة وليس بتحقيق نتيجة"[٢٤٩].

وهذا ما أكدته المادة السابعة والعشرون من نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان السعودي إذ تقول (إلتزام الطبيب ومساعديه الخاضعين لأحكام هذا النظام هو إلتزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها"[٢٥٠].

٢٤٦- منير رياض حنا -المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة- ص ١٢١.

٢٤٧- حسن زكي الابراشي-مسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة ١٩٨٩م-دار المطبوعات الجامعية-مصر- ص١٢١.

٢٤٨- عبد السلام التونجي مسئولية الطبيب المدنية-دراسة مقارنه-مطبعة دار المعارف- لبنان الطبعة الاولى١٩٦٧ ص٢٨٦

٢٤٩- عبد السلام التونجي- المرجع السابق ص ٢٨٦.

٢٥٠- صدر نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان السعودي بالمرسوم الملكي رقم م/٣ وبتاريخ ١٤٠٩/٢/٢١هـ.

وبناء على ذلك فإن الخطأ الطبي يعتبر تقصيراً أو إخلالاً بواجب بذل العناية والرعاية واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها والمقترحة في أداء الطبيب الحريص لواجباته.

٢- تقسيم الخطأ الطبي:

نتيجة لإختلاف شراح القانون بشأن تحديد مسئولية الطبيب تجاه ما يصدر عنه من أخطاء فإن البعض منهم يقسم خطأ الطبيب إلى قسمين خطأ مادي وخطأ مهني، وسوف نعرض للمقصود بهذين القسمين ثم نوضح أهمية هذا التقسيم من حيث تحديد مدى مسئولية الطبيب.

أ- الخطأ المادي "العادي":

ويقصد به الإخلال بالإلتزام المفروض على الناس كافة بإتخاذ العناية اللازمة عند القيام بنشاط معين أو إتيان فعل معين وذلك لتجنب ما قد يؤدي إليه هذا السلوك من نتيجة غير مشروعة"[٢٥١]، وهذا الخطأ لا يخضع للنواحي الفنية في علم الطب ولا يتصل بسبب الأصول العلاجية المعترف بها"[٢٥٢]. ومن أمثلة الخطأ المادي الذي يسأل عنه الطبيب ما يلي:

١- أن يجري الطبيب جراحة وهو في حال سكر .
٢- أن يجري جراحة وهو مصاب بعجز في يده .
٣- أن يغفل تعقيم بعض أدوات الجراحة "[٢٥٣].

٢٥١- معوض عبد التواب-الوسيط في شرح جرائم القتل . الأصابة الخطأ. دار الثقافة - مصر١٩٨٦م- طبعة ثالثة ص٣٤، وكذلك- فوزية عبد الستار- النظرية العامة للخطأ غير العمدي-دار النهضة بالقاهرة سنة ١٩٧٧م-ص ١٢٦.

٢٥٢- منير رياض حنا -المسئولية الجنائية للأطباء- ص٤١.

٢٥٣- د. عبد الفتاح خضر - الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي- ص ٣١٦ .

٤- أن يترك بعض الأدوات في جسم المريض كأن ينسى في جوف المريض مشرطاً أو ضماداً.

٥- أن يمتنع طبيب مستشفي حكومي عن مباشرة مريض دون مبرر أو يأمر بأخراجه من المستشفى رغم أن حالته تستوجب العلاج أو قبل أن يستوفي المدة المطلوبة لعلاجة دون سبب مشروع"[٢٥٤] .

ب- *الخطأ المهني "الفني" :*

ويقصد به بوجه عام - انحراف شخص ينتمي إلى مهنة معينة عن الأصول التي تحكم هذه المهنة وتقيد أهلها عند ممارستهم لها ، فهو إخلال بواجب خاص مفروض على فئة محددة من الناس ينتسبون إلى مهنة معينة كالأطباء والمهندسين والمحامين والقضاة وغيرهم"[٢٥٥] .

فهو يتعلق بمخالفة أصول المهنة وقواعدها ، فالطبيب إذا خالف قواعد وأصول مهنة الطب يعتبر واقعاً في خطأ مهني فني ومن أمثلة ذلك : أن يخطئ الطبيب في تشخيص المرض، أو في العلاج الذي يجريه على المريض، أو يقوم بتجربة طريقة علاج جديدة على مريض لم يسبق تجربتها من قبل، ومن أمثلة هذا النوع من الخطأ:-

- أن يصف دواء غير مناسب لحالة المريض .
- عدم إجراء التعقيمات اللازمة داخلياً وخارجياً في العمليات الجراحية .
- عدم إجراء التحاليل الطبية اللازمة قبل اجراء العملية .

٢٥٤- منير رياض حنا - المسئولية الجنائية للأطباء- ص ٤١ ،٤٢.

٢٥٥- منير رياض حنا - المسئولية الجنائية للاطباء- ص ٤٤.

- عدم تزويد المريض بالتعليمات اللازمة بعد إجراء العملية الجراحية وقبل مغادرة المستشفى [٢٥٦]، وغير ذلك من الامثلة .

وإذا كان الخطأ المادي لا يتصل بالاصول العلاجية ومهنة الطب فإن الخطأ الطبي المهني يتصل بها ويدورمعها [٢٥٧].

أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية هذا التقسيم لدى أنصار الرأي القائل بعدم مسئولية الطبيب عن أخطائه المهنية فلا يسأل جنائياً إلا عن خطئه المادي "العادي" فقط [٢٥٨] ويرى أنصار هذا التقسيم أن ما يحوزه الطبيب من علم وخبرة بوصفه صاحب خبرة يجعله محل ثقة في مباشرة مهنته على النحو الصحيح فضلاً عن أن في رقابة الرأي العام عليه ما يغني عن رقابة القانون، وإنه قد تؤدي مساءلته عن خطئه المهني إلى إحجام الناس عن ممارسة مهنة الطب، كما قد تحول دون تقدم هذا العلم لأن التهديد الدائم بالعقاب يثني الطبيب عن الإجتهاد والإبتكار وفي ذلك ضرر إجتماعي كبير [٢٥٩].

لذلك نادى البعض بوجوب أن تكون مساءلة الطبيب قاصرة على الخطأ المهني الجسيم دون الخطأ المهني اليسير [٢٦٠]، وذلك لكي يتاح للطبيب قدر من الحرية في مجال عمله للبحث والتقرير وكذلك لكي يتاح قدر من الحماية المقررة لمصالح الناس وحقوقهم التي قد تمس أو تضيع إذا ما أعفي الطبيب تماماً من المسئولية عن خطئه المهني عموماً

٢٥٦- د. عبد الفتاح خضر - الجريمة وأحكامها العامة - ص ٢١٦ - ٢١٧ .

٢٥٧- د. محمد حسنين منصور - المسئولية الطبيه - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - بدون تاريخ ص ١٦ .

٢٥٨- د. عبد الوهاب حوق - دراسات معمقه في الفقه الجنائي المقارن ص ٢٦٠ .

٢٥٩- د. عبد الفتاح خضر - الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات العامة في الفقه الإسلامي - ص ٣١٦ .

٢٦٠- د. عبد الوهاب حوق - دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن - ص ٢٦٠ .

٣- توسط النظام السعودي:

وأرى في إتجاه النظام السعودي لمزاولة مهنة الطب البشري وطب الاسنان توسطاً حسناً حيث تضت المادة الثامنة والعشرون (والتي وردت في سياق تحديد مسئولية الطبيب المدنية) بمسئولية الطبيب المدنية عن الأخطاء المهنية التي تصدر منه أثناء مزاولة مهنته على مايلي: (كل خطأ مهني صدر من الطبيب أو من أحد مساعديه وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم من ارتكبه بالتعويض وتحدد اللجنة الطبية الشرعية المنصوص عليها في هذا النظام مقدارهذا التعويض ويعد من قبيل الخطأ المهني ما يلي :-

١- الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة .

٢- الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها .

٣- إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض .

٤- اعطاء دواء للمريض على سبيل الإختبار .

٥- إستعمال آلات أو أجهزة طبيه دون أن يكون على علم كاف بطريقة إستعمالها أو دون أن يتخذ الإحتياطيات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الإستعمال .

٦- التقصير في الرقابة والإشراف على من يخضعون لإشرافه وتوجيهه من المساعدين .

٧- عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به ويقع باطلاً كل شرط يتضمن تحديد أو اعفاء الطبيب أو مساعديه من المسئولية)أ.هـ [٢٦١].

٢٦١- د. عبد الفتاح خضر - الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة في الفقه الإسلامي- ص ٣١٨ .

والملاحظ أن النظام السعودي قد أخذ إتجاهاً فريداً في محاسبته على كل خطأ مهني سواء كان يسيراً أم جسيماً إلا أن هذه المسئولية مسئولية مدنية فقط ولو أنه عفى عن الأخطاء اليسيرة وأكتفى بالمحاسبة على الخطأ الفاحش مدنياً وجنائياً لكان ذلك أكثر توفيقاً خصوصاً وأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي الوحيد للتشريع بالمملكة وإنها تأخذ بالمسئولية عن الخطأ الفاحش وتعفي وتسامح عن الأخطاء اليسيرة والبسيطة. وعلى أية حال فإن هذا الإتجاه الذي سلكه النظام السعودي في تقريره للمسئولية عن الخطأ المهني للطبيب نجد فيه مراعاة لحقوق الأفراد وحمايتها من الأخطاء ومن جانب آخر فقد ترك للطبيب قدراً من الحرية والإطمئنان أثناء مزاولة عمله وهذا سينعكس بلا شك على تطوره في مجال البحث والتقدير والإجتهاد فلا يكون التهديد بالعقاب والجزاء الجنائي وسيلة لرده عن هذا العمل الإنساني النبيل الذي هو في أمس الحاجة إلى الاجتهاد والإبتكار.

٤- إتجاه القضاء :

وقد إتجه القضاء في مصر وفرنسا قديماً إلى الاخذ بالتفرقة بين الخطأ المهني الجسيم، والخطأ اليسير وتقرير المسئولية الجنائية عن الجسيم فقط دون اليسير [٢٦٢].

ولكنه ما لبث أن هجر هذا الاتجاه إلى الاتجاه الآخر الذي يقرر مسئولية الطبيب عن كافة أخطائه المهنية الجسيم منها واليسير مسئولية جنائية ومدنية وفقاً للقواعد العامة التي تحكم الخطأ غير العمدي[٢٦٣] وذلك لأنه لم يرد نص يخرج الأطباء ويستثنيهم من تطبيق هذه القواعد عليهم فالطبيب وفقاً لهذا الرأي يخضع للقواعد

٢٦٢- د. عبد الفتاح خضر - المرجع السابق- ص ٣١٨ .

٢٦٣- معوض عبد التواب - الوسيط في شرح جرائم القتل والاصابة الخطأ . ص ٣٧ .

العامة. وإذا كان الهدف من تحديد مسئولية الطبيب بالخطأ الجسيم فقط هو الحرص على عدم إقحام القضاء في الخلافات العلمية وضمان حرية الأطباء في تطبيق النظريات الطبية الحديثة فإن الأخذ بمبدأ المسئولية المطلقة لا يحول دون تحقيق هذه الأهداف فالقضاء عملياً يلجأ إلي أهل الخبرة وحرية الأطباء مكفولة أيضاً حيث أن مسئولية الطبيب لا تقوم إلا إذا ثبت الخطأ في حقه يقيناً ولا يثبت الخطأ إلا إذا خالف الطبيب أحد المبادئ الثابتة والمستقرة التي لا مجال فيها لخلاف الرأي"[٢٦٤].

ومؤيدو هذا الرأي مدفوعين في ذلك بضرورة الحفاظ على حقوق المرضى وحمايتهم ضد أخطاء الأطباء، أياً كانت درجتها طالما أنه لا يدخل في نطاق هذا الخطأ إتباع الطبيب لأساليب طبية حديثة مما لا يخشى معه الركود والتوقف عن مسايرة الركب العملي"[٢٦٥].

تقويم التقسيمات السابقة للخطأ :

على الرغم من إتجاه القضاء في مصر وفرنسا مؤخراً إلى الأخذ بالرأي القائل بمساءلة الطبيب عن أي خطأ يرتكبه سواء كان مادياً أم مهنياً جسيماً أم يسيراً فيتم تطبيق القواعد العامة عليه توحيداً للمعاملة بين أصحاب المهن وأخذاً بمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون [٢٦٦]، إلا أنني أرى إعفاء الطبيب من المسئولية عن خطئه الفني اليسير تماماً ويعفى من المسئولية الجنائية والمدنية معاً، وعلى ذلك فلا يسأل

٢٦٤- محمود نجيب حسني – القسم الخاص في قانون العقوبات ص ٦٨٧ ، وكذلك فائق الجوهري – المسئولية الطبية في قانون العقوبات دار الجوهري للطبع – ١٩٥٢م ص ٢٦٣ .وكذلك الدكتورة فوزيه عبد الستار – النظرية العامة للخطأ غير العمدي ص ١٣٣ .

٢٦٥- الدكتورة فوزية عبد الستار – النظرية العامة للخطأ العمدي – ص ١٣٣ .

٢٦٦- بسام محتسب بالله–المسئولية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق–دار الإيمان– دمشق– ط ١ ١٤٠٤، ص ١٢٧.

الطبيب إلا إذا كان الخطأ جسيماً ظاهراً لا يحتمل نقاشاً وهذا الخطأ الجسيم هو الذي لا تقره أصول مهنة الطب ولا يقره أهل هذه المهنة ولا يتسامحون فيه مع مقترفه وهذا الإتجاه يلتقي مع الرأي السائد في الفقه الإسلامي الذي سبق إيضاحه في معرض الحديث عن أركان مسئولية الطبيب الجنائية في الشريعه الإسلامية ولا أرى ما يمنع من توحيد المعاملة بهذا المبدأ بين أصحاب المهن المختلفة وصولا إلى تحقيق فكرة تمام المساواة بين أصحاب المهن أمام القانون وإجراء ما ينبغي من تعديل للقوانين التي تتعارض مع هذا المبدأ .

٥- المعيار الملائم لقياس الخطأ :

يتنازع هذا المعيار ثلاثة إتجاهات هي :

أولاً : المعيار الشخصي : (الواقعي)

يرى أصحاب هذا المعيار أن يقاس سلوك الإنسان على ضوء تصرفاته العادية من حيث إمكان قدرته علي تجنب الفعل الضار إذا وجد في نفس الظروف التي أحاطت به، فإذا ثبت أنه كان في مكنته تجنب ذلك الضرر ولم يفعل وصف سلوكه بالخطأ أو الإهمال لعدم إتخاذه الحيطه والحذر[٢٦٧].

ثانياً : المعيار الموضوعي : (المادي)

وبه يتم قياس سلوك الجاني بمسلك الرجل العادي صاحب السلوك المألوف في الحياة الاجتماعية وقد تطور هذا المعيار فأصبح يأخذ بمسلك الرجل العادي الذي يوجد في مثل ظروف البيئة والزمان والمكان التي وجد فيها المتهم وبناء على هذا المعيار فإن خطأ الطبيب يقاس بمسلك الطبيب العادي اليقظ حين يوجد في نفس

٢٦٧- بسام محتسب بالله - المرجع السابق - ص ٣٧٦ .

الظروف التي احاطت بالطبيب المتهم[٢٦٨]

ثالثاً : المعيار المختلط :

حيث يوجب أصحاب هذا الإتجاه على القاضي إتباع المعيار الموضوعي مع مراعاة بعض الملابسات والظروف الداخلية والخارجية المحيطة بالطبيب والتي قد تؤثر حتماً في سلوكه ومن ذلك كفاءة الطبيب والوسائل المتاحة تحت يده وتصرفه وقت تنفيذه العمل وظروف الخدمة التي يقدمها [٢٦٩]

وهذا المعيار هو الذي أراه مناسباً وملائماً لقياس خطأ الطبيب وذلك لسببين هما :-

أولاً: إنه ليس من المعقول أن يؤخذ سلوك الطبيب الشخصي كمعيار لتحديد السلوك الواجب إتباعه في مباشرة الاعمال الطبية فقد يكون الطبيب مستهتراً أو متهوراً .

ثانياً: إنه وإن كان الإتجاه الغالب في الفقه والقضاء القانونيين يأخذان بالمعيار الموضوعي فإنه لا يمكن في الوقت نفسه اغفال الظروف والملابسات الخارجية والداخلية المحيطة بالطبيب والتي تؤثر حتماً في سلوكه.

٦- الأخطاء الطبيه الموجبة للمسئولية الجنائية

وسوف نلقي الضوء على هذه الأخطاء سواء في النظام السعودي أو في بعض القوانين العربية:-

---

٢٦٨- انظر - الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي- د. عبد الفتاح خضر ص ١٤-١٥ .

٢٦٩- د. اسامه عبد الله قايد-المسئولية الجنائية للاطباء- الجريمة، ص ٢٣١، وكذلك د. عبد الفتاح خضر- المرجع السابق- ص ٣١٥.

أولاً: الأخطاء الطبية الموجبة للمسئولية الجنائية في النظام السعودي:

يتفرد النظام السعودي بالنص صراحة على الاخطاء الطبية الموجبة للمسئولية الجنائية بالتحديد حيث بينت المواد من التاسعة والعشرون إلى الحادية والثلاثين هذه المخالفات الموجبة للمسئولية الطبية الجنائية وذلك على النحو التالي :

المادة التاسعة والعشرون :

دون إخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أنظمة أخري يعاقب بالسجن مدة لاتتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال أو بإحدي هاتين العقوبتين كل من :

١- زاول المهنة دون ترخيص .

٢- قدم بيانات غير مطابقة للحقيقة أو استعمل طرقاً غير مشروعة كان من نتيجتها منحه ترخيصاً بمزاولة المهنة .

٣- استعمل وسيلة من وسائل الدعاية يكون من شأنها حمل الجمهور علي الاعتقاد بأحقيته في مزاولة المهنة خلافاً للحقيقة .

٤- انتحل لنفسه لقباً من الالقاب التي تطلق عادة على مزاولي مهنة الطب.

٥- وجدت لديه آلات أو معدات مما يستعمل عادة في مزاولة مهنة الطب دون أن يكون مرخصاً له بمزاولتها أو دون أن يتوفر لديه مبرر مشروع لحيازتها .

٦- امتنع عن علاج مريض دون مبرر مقبول .

٧- خالف أحكام المواد التاسعة فقرة (ب) والحادية عشرة والثالثة عشرة والسادسة عشرة فقرة (أ) والحادية والعشرون والثانيه والعشرون والرابعة والعشرون من هذا النظام

٢- المادة الثلاثون : يعاقب بغرامة لا تزيد عن عشرين ألف ريال كل من خالف المواد: السادسة والثانية عشرة والرابعة عشرة والخامسة عشرة والسادسة عشرة فقره (ب) و(جـ) و(هـ) من هذا النظام .

المادة الحادية والثلاثون:

كل مخالفة لاحكام هذا النظام ولائحته التنفيذية لم يرد نص خاص في هذا النظام على عقوبة لها يعاقب مرتكبها بغرامة لا تتجاوز عشرة الاف ريال.

ومن هذا السرد للمخالفات يتضح أن النظام قد إتجه إلي تحديد المخالفات الموجبة لمسئولية الطبيب الجنائية وهي ما يلي :

١- مزاولة المهنة دون ترخيص .

٢- تقديم بيانات غير مطابقة للحقيقة أو إستعمال طرق غير مشروعة كان من نتيجتها منحه ترخيصاً بمزاولة المهنة .

٣- إستعمال وسيلة من وسائل الدعاية يكون من شأنها حمل الجمهور على الاعتقاد بأحقيته في مزاولة المهنة خلافاً للحقيقة .

٤- انتحال لقب من الألقاب التي تطلق عادة على مزاولي مهنة الطب .

٥- وجود آلات أو معدات مما يستعمل عادة في مزاولة مهنة الطب دون أن يكون مرخصاً له بمزاولتها أو دون أن يتوافر لديه مبرر مشروع لحيازتها ..

٦- إمتنع عن علاج مريض دون مبرر مقبول .

ولقد عددت المادة ٧/٢٩ صوراً أخرى أدخلتها في نطاق المسئولية الجنائية وهي:-

١- يجب على الطبيب أن يمتنع عن ممارسة طرق التشخيص والعلاج غير المعترف بها علمياً(٩/ب).

٢- يجب أن يستهدف العمل الطبي دائماً مصلحة المريض وعلى الطبيب أن يبذل جهده لكل مريض ولايجوز في غير حالات الضرورة القيام بعمل يجاوز إختصاصه أو إمكانياته م (١١/أ-ب).

٣- إستخدام غير المرخص لهم من ذوي المهن الطبية والمساعدة أو تقديم مساعدة لأي شخص يمارس الطب بصورة غير مشروعة (م١٦/أ).

٤- وجوب أن يتم العمل الطبي برضاء المريض أو بموافقته أو وليه أو من يمثله ولايجوز القيام بالعمل دون توافر هذا الإذن إلا في حال من الحالات الإستثنائية (حوادث-طواري) وتعذر الحصول على موافقة المريض، ولايجوز بأي حال إنهاء حياة مريض ميئوس من شفائه طبياً ولو كان بناء على طلبه أو طلب ذوية م (٢١).

٥- عدم جواز إعطاء تقرير طبي في حالة طلب إستدعائه للكشف على متوفى إلا بعد التأكد حسب خبرته الطبية من سبب الوفاة ومع ذلك لايجوز للطبيب أن يعطي تقريراً إذا إشتبه في أن الوفاة ناجمة عن حادث جنائي، وعليه في هذه الحالة إبلاغ السلطات المختصة بذلك فوراً . م (٢٢).

٦- يحظر على الطبيب إجهاض إمرأة حامل إلا إذا إقتضت ذلك ضرورة لإنقاذ حياتها ومع ذلك يجوز الإجهاض إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر وثبت بصورة أكيده أن استمراره يهدد صحة الأم بضرر جسيم ويتم إثبات هذا الأمر بقرار من لجنة طبية تشكل طبقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام م (٢٤).

لذلك فإن دور القاضي أو اللجنة هو التأكد من ثبوت إرتكاب الطبيب لأي من هذه المخالفات والحكم عليه بالجزاء المناسب وفقاً لما نص عليه النظام، وجدير بالتنويه أن النظام لم يغفل العقوبات المنصوص عليها بالأنظمة الأخري والتي قد تكون أشد مما هو منصوص عليه في هذا النظام، ومن ذلك عقوبة الرشوة والتزوير التي قد تصل إلي غرامة ألف ريال والسجن لمدة سنة في حالة إرتكاب الطبيب لجريمة التزوير أو الرشوة وذلك وفقاً لنظام الرشوة والتزوير المعمول به بالمملكة أو أي نظام آخر كنظام العمل والعمال أو نظام الخدمة المدنية أو العسكرية وهذه المخالفات كلها خارجة عن الاخطاء الفنيه والمهنية حيث أن النظام السعودي قد أختار عدم المساءلة جنائياً عن الأخطاء المهنية واكتفى بمسؤلية الطبيب المدنية عن أي خطأ مهني .

والملاحظ أن الجزاءات المنصوص عليها في هذا النظام والخاصة بمسئولية الطبيب الجنائية بسيطة ولا أعتقد أنها رادعة بالنسبة للطبيب المتهور خصوصاً في ظل انتشار التأمين على الأخطاء الطبية مما يجعل التعويضات المالية والغرامات ليست ذات جدوى وفاعلية للردع العام الأمر الذي آمل معه إعادة النظر في

الغرامات الماليه والجزاءات الأخرى، حتي يكون هناك مناسبة بين المخالفات والجزاءات المقررة.

ثانياً : الأخطاء الطبية الموجبة للمسئولية الجنائية في القوانين العربية:

يخضع الأطباء كغيرهم لنصوص قانون العقوبات وذلك لأنه لم يرد نص خاص في أنظمتمزاولة مهنة الطب البشري وطب الاسنان يستثنهم من ذلك في مصر أو الكويت أو العراق أو سوريا أو الأردن .

وتندرج صور الخطأ الطبي تحت صور الخطأ غير العمدي المنصوص عليها في قوانين العقوبات في هذه الدول فالكويت مثلا أوردت المادتين ١٥٤- ١٦٤ من قانون الجزاء الكويتي وقد أخذت عن المادتين المصريتين الواردتين في قانون العقوبات المصري بشأن القتل الخطأ والجرح الخطأ رقم ٢٣٨ والمادة ٢٤٤ لكن واضع النظام الكويتي، أضاف حالة رابعة هي التفريط وذلك نقلاً عن القانون الفرنسي في المادتين ٣١٩ - ٣٢٠ من قانون العقوبات[٢٧٠] وعلى هذا فإنه يمكن تقسيم صور الخطأ إلى أربع صور وهي في الواقع تشمل جميع صور الخطأ وذلك لاتساع ألفاظها وشمولها وفيما يلي بيان تلك الصور[٢٧١].

٢٧٠- د. عبد المهيمن بكر سالم - الوجيز في شرح قانون الجزاء الكويتي ص ١٧٦ وكذلك د. محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات الخاص ط ١٩٦٥ مصر- ص ٢٠٥، وأنظر كذلك ،دراسات متعمقه في الفقة الجنائي المقارن لعبد الوهاب حوق - ص ٢٦٤ .

٢٧١- د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الاردني - الجرائم الواقعة على الانسان - الطبعة الأولى عام ١٩٨٨ عمان الاردن - ص٢٣١ وما بعدها .

الصورة الأولى : الرعونة :

ويقصد بها الخفة والطيش ونقص الخبرة والمهارة ، والإقدام على التصرفات دون التفكير في عواقبها[٢٧٢]والجاني الأرعن هو الذي يقوم بسلوك إيجابي أو سلبي دون أن يتبصر بالنتيجة غير المشروعة التي قد يؤدي إليها سلوكه ومثال ذلك الشخص الذي يشذب أشجار الطريق فيسقط أحد فروعها على أحد المارة ويجرحه . كما تتوافر الرعونة إذا كان الجاني يجهل ما يجب عليه أن يعلم به ويتحقق ذلك بصفة خاصة في نطاق الأنشطة المهنية ، ومثال ذلك الطبيب الذي يجري عملية جراحية دون الاستعانة بطبيب التخدير ويسأل عن ذلك كما يسأل الطبيب عن الوفاة إذا أجرى عملية إستخراج حصوة من المثانة دون أن يجري عملية الدرنقة اللازمة ولا ما يقوم مقامها[٢٧٣]

الصورة الثانية : عدم الإحتياط والتحرز :

وهو خطأ ينطوي على نشاط إيجابي من الفاعل ويدل على عدم التبصر بالعواقب وفيه يدرك الجاني ما قد يترتب على عمله من نتائج ضارة ولكنه مع هذا يمضي دون إتخاذ إحتياطات كافية [٢٧٤] وأكثر تطبيقاته يكون في حوادث السيارات فيعتبر مخطئاً قائد السيارة الذي يسير بسرعة زائدة في شارع مزدحم بالمارة فيقتل أو يجرح أحدهم . ومن هذا النوع أيضاً عدم الإحتياط أثناء ممارسة الألعاب الرياضية العنيفة[٢٧٥] ومثال ذلك أيضا أن يجري الطبيب علاجاً بالأشعة بواسطة

٢٧٢- د. سمير الجنزوري – الأسس العامة لقانون العقوبات – ص ٤٥٨.

٢٧٣- راجع د. فوزية عبد الستار –النظرية العامة للخطأ غير العمدي- ص ١٠٢-١٠٣ .

٢٧٤- د. سمير الجنزوري – الاسس العامة لقانون العقوبات – ص ٤٥٩ .

٢٧٥- د. محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات والقسم العام – ١٩٧٦م – ص ٤٣٤

أجهزة يعرف أنها معيبة "[٢٧٦]وكذلك أيضا أن يجري الطبيب عملية كحت لمريضة وهو يدري أن بيده عجزاً يحول دون أن يؤديها كما ينبغي"[٢٧٧]

الصورة الثالثة : الاهمال وعدم الانتباه :

الاهمال هو عدم اتخاذ الجاني الاحتياط والحذر والعناية التي توجبها مهنته . ويتحقق الاهمال وعدم الانتباه بإمتناع الجاني عن اتخاذ العناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة غير المشروعة فالخطأفي هذه الصورة يتحقق عن طريق الامتناع وتتميز هذ الصورة بذلك عن صورة عدم الاحتياط اذ تفترض الأخيره اتخاذ الجاني موقفاً ايجابياً دون أن يتخذ من الاحتياط ما يكفل تجنب الأثار الضارة للفعل ومن الأمثلة على ذلك أن يترك الجراح في اللحم بعض فتات من العظم أو يترك في جوف المريض رباطاً أو يهمل في إتخاذ الإحتياطات اللازمة لإجراء التخدير"[٢٧٨].

الصورة الرابعة : عدم مراعاة واتباع اللوائح :

يطلق على هذا النوع من الخطأ، الخطأ الخاص وذلك تمييزاً له عن الصور الأخرى والتي يطلق عليها (الخطأ العام)، ولفظ اللوائح يشمل جميع اللوائح التي تصدرها جهات الإدارة سواء كان ما صدر عن الادارة لوائح أو قوانين وسواء أكانت موجودة في قانون العقوبات أو في غيره من القوانين والقرارات التي تصدر من أي جهة لها حق اصدارها ومخالفة اللوائح يعتبر خطأ مستقلاً بذاته حتى ولو لم يتوافر في حق الجاني أي خطأ من نوع آخر بل إن عدم مراعاة اللوائح تعتبر مخالفة

٢٧٦- حكم محكمة اكس في ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٠٦م (دالوز ١٩٠٧-٤١٢) مشار اليه لدى د. محمود مصطفى شرح ق العقوبات ص ٤٣٤.

٢٧٧- فائق الجوهري- المسئولية الطبية في قانون العقوبات- ص ٣٦٢ .

٢٧٨- د. فوزية عبد الستار-النظرية العامة للخطأ غير العمدي- ص ١٠٥ .

معاقباً عليها ولو لم يترتب عليها نتيجة ضارة . وإذا ترتب على مخالفة اللوائح إصابة فإن المخالف يعاقب على الإصابة وعلى المخالفة معاً في وقت واحد دون أن يكون هناك تعارض في ذلك. فإذا سبقت معاقبة متهم بغرامة لأنه عمل عملية جراحية مخالفاً بذلك اللوائح الصحية فإن ذلك لا يمنع من محاكمته مرة أخرى إذا نشأ عن إهماله موت الشخص الذي اجريت له العملية "[٢٧٩]. والخطأ ركن اساسي في الجرائم غير العمدية فلا مسوغ لمساءلة الجاني إلا إذا أقيم الدليل على وجود الخطأ وإذا لم يقم الدليل على ذلك فانه ليس هناك محل للمسئولية الجنائية كما أسلفنا .

٢٧٩- د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات-عمان الأردن- ١٩٨٨م، ط ١ ص ٢٣٣.

الفرع الثاني
الضرر

في الجريمة العمدية لا يشترط تحقق الضرر للمساءلة الجنائية، لأن القصد الجنائي في هذا النوع من الجرائم هو الركن الأساسي لتوقيع الجزاء، لذلك يعاقب على الشروع في إرتكاب الجريمة مع أنه لا يرتب أي أثر مادي ، بإعتبار أن الشروع بدء في تنفيذ الجريمة يكشف عن الخطورة الإجرامية للجاني، أما في الجريمة غير العمدية التي تقع نتيجة لخطأ الجاني في توجيه إرادته فإنه يشترط تحقق الضرر لقيام المسؤولية الجنائية، والضرر الطبي الذي يصيب المريض قد يكون مادياً يمس مصلحة مادية وقد يكون أدبياً (معنوياً) يلحق الأذى بالمضرور في شعوره أو عاطفته أو شرفه وإعتباره [٢٨٠]ويجب أن ننبه إلى أن الضرر الطبي في هذا المقام ليس هو الضرر المترتب على عدم شفاء المريض، إنما هو أثر خطأ الطبيب أو إهماله في القيام بواجب العناية والحرص والحيطة في ممارسة الأعمال الطبية[٢٨١]، لأن التزام الطبيب كما سبق أن ذكرنا إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة - والأضرار المادية التي تصيب المريض تشمل المساس بسلامة جسم الإنسان وأي إصابة تلحق مصلحة مالية للمضرور كنفقات العلاج كما تشمل فوات الكسب بسبب الإصابة أو الوفاة . والضرر المادي قد يصيب ذوي المريض الذين لهم الحق في النفقة أو أقرباءه الذين كان يعولهم وقت وفاته أو عجزه على نحو دائم ومستمر [٢٨٢]، فمن حق من

٢٨٠- عبد السلام التونجي - مسئولية الطبيب المدنية دراسة مقارنه - ص ٢٩٤.

٢٨١- د. محمد حسين منصور - المسئوليه الطبية - دار الجامعة الجديده للنشر - الاسكندرية ص ١١١ وكذلك د. فائق الجوهري - المسئولية الطبية في قانون العقوبات - ص ٣٤٨-٣٤٩ .

٢٨٢- د. محمد حسين منصور - المسئولية الطبية ص ١١٢، ص ١١٣.

كان يتلقى معونه منتظمة من المتوفى بسبب الخطأ الطبي أن يطالب الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به والمتمثلة في فوات فرصته في الحصول علي المساعدة التي إعتاد الحصول عليها .

ويتمثل الضرر المعنوي في الآلام الجسمانية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها المريض ويتمثل أيضاً في المساس بمركزه ووضعه الاجتماعي نتيجة التشوهات أو العجز في وظائف الأعضاء، والضرر المعنوي قد يلحق أقارب المتوفى بسبب الخطأ الطبي من خلال إصابة عواطفهم ووجدانهم الشخصي من جراء الوفاة. ويشترط في الضرر ان يكون محقق الوقوع سواء كان حاضراً أم مستقبلاً، والضرر المحقق هو الضرر الحقيقي أو المؤكد، أما الضرر المستقبل فهو حتمي الوقوع مستقبلاً"[٢٨٣]. ومثال ذلك، إذا أخطأ الطبيب في علاج ساعد شخص فإن الضرر الحاضر يتمثل في الأذى الذي لحق بالساعد، أما الضرر المستقبل فيتمثل في الشلل الذي يترتب مستقبلاً من جراء إصابة الساعد وفي حالة الضرر المستقبل يمكن للقاضي أن يقدره بناء على رأي الخبراء الفنيين في الأخطاء الطبية ونتائجها الحاضرة أو المتوقعة مستقبلاً "[٢٨٤].

وبهذا يتضح أن الطبيب لا يسأل عن خطئه إذا لم يؤد خطؤه إلى ضرر المريض. أما إذا أدى إلى ضرر المريض فإن ذلك يؤدي إلى مساءلته جنائياً وتعويض المضرور عن الأضرار التي لحقته "[٢٨٥].

٢٨٣- بسام محتسب بالله - المسئولية المدنية والجزائية - ص ٢٤٧ .

٢٨٤- بسام محتسب بالله-المرجع السابق- ص ٢٤٧ .

٢٨٥- د. أبو اليزيد علي- الإهمال - ص ٦٢ .

الفرع الثالث
علاقة السببية

ولا يكفي لقيام مسئولية الطبيب الجنائية على أساس الخطأ أن يثبت وقوع خطأ من الطبيب، ووقوع الضرر بل يجب إثبات أن ما لحق بالمريض من ضرر كان بسبب ما أتاه الطبيب من خطأ، فإذا انعدمت رابطة السببية بين خطأ الطبيب والنتيجة الضارة تنتفي مسؤولية الطبيب، فإذا ارتكب طبيب خطأ في عملية جراحية ومات المريض ولكن تبين من تشريح الجثة أن موت المريض كان أمراً محتوماً سواء أجريت العملية أم لا فإن الطبيب لا يسأل عن الوفاة[٢٨٦].

وإذا ثار الشك حول نسبة النتيجة الضارة إلى نشاط الجاني فإن الشك طبقاً للقواعد العامة في القانون الجنائي يفسر لمصلحة المتهم، أما إذا اشترك في الخطأ الذي ترتبت عليه النتيجة الضارة أكثر من طبيب فإنهم يسألون عنها جميعاً[٢٨٧]، ولا يثير بحث علاقة السببية صعوبة في كثير من الحالات التي ينفرد فيها النشاط بإحداث النتيجة الضارة إلا أن الجدل يثور في الفقة الجنائي في حالة تدخل عوامل أخرى إلي جانب نشاط الجاني ، تجعل من الصعب تحديد ما يعتبر سبباً حقيقياً للضرر [٢٨٨]، ومالا يعتبر كذلك.

ولقد اختلفت النظريات التي ساقها علماء القانون الجنائي لتحديد ما يعد سبباً

٢٨٦- د. فائق الجوهري مسئولية الطبية صـ ٨٦ - ٨٧ " بتصرف ".

٢٨٧- بسام محتسب بالله - المسئولية الطبية المدنية والجزائية - ص ٣٨٠ وما بعدها.

٢٨٨- د. عبد الفتاح خضر -الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي- ص ٦٨ .

حقيقياً للضرر في حالة اشتراك عوامل متعددة في إحداثه ونعرض لها على النحو التالي:

١- نظرية السبب المباشر (أو الأقوى).

يرى أصحاب هذه النظرية أنه لكي يسأل الجاني عن النتيجة الضارة يجب أن يكون نشاطه هو الذي يؤدي مباشرة إلى إحداثها وهذه النظرية موضع نقد لأنه يصعب تحديد العامل المباشر في حالة مساهمة عدة عوامل خارجية في إحداث الضرر [٢٨٩].

٢- نظرية تعادل الأسباب :

مقتضى هذه النظرية أن العوامل جميعها متعادلة مادامت قد تداخلت في إحداث الضرر ولذلك يسأل الجاني إذا كان نشاطه هو العامل الأول الذي تسلسلت بناء عليه العوامل الأخرى ، فأدت في مجموعها إلى النتيجة الضارة التي يعاقب عليها القانون وقد وضع هذه النظرية العالم الألماني (فون بوري) ووجهت لها عدة انتقادات أهمهاأنها لا تقيم أي اعتبار للتفرقة بين العوامل والأسباب المساهمة في إحداث النتيجة، مهما اختلفت درجة تأثيرها [٢٩٠].

٢٨٩- رؤوف عبيد - السببيه في القانون الجنائي - القاهرة - مطبعة نهضة مصر ، ١٩٧٤م.

٢٩٠- د. عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية في المسئولية المدنيه . دار النهضة العربية - القاهرة بدون تاريخ - ص ٩ .
ويؤخذ على هذه النظرية أنها تؤدي إلى نتائج شاذة فمثلاً إذا تشاجر زيد مع خالد وأعتدى عليه بالضرب فأحدث به جرحاً بسيطاً ، ذهب على إثره إلي المستشفي للعلاج فحدث إنقلاب للسيارة أدى إلى الوفاة أو الأصابة وأخطأ الطبيب المعالج وأثناء العملية إحترق المستشفى فمات فهنا أسباب كثيرة - ضرب - إنقلاب - خطأ الطبيب - إحتراق المستشفى - وبناءً على هذه النظرية فإن كل واحد من هذه الاسباب يصلح لتوفير علاقة السببية ، مهما كانت درجة تأثيره ولو كانت محدودة بالنسبة للعوامل الأخرى المساهمة معه في ترتيب النتيجة .

٣- نظرية السبب الكافي أو الملائم [٢٩١]:

مؤدى هذه النظرية التي جاء بها الفيلسوف الألماني (فون كريس) أنه لكي يسأل الجاني يجب أن يكون نشاطه الإجرامي كافياً وملائماً لإحداث النتيجة التي يعاقب عليها القانون ومعيار الملاءمة [٢٩٢]، هو أن تكون العوامل التي تداخلت بين نشاط الجاني والنتيجة عادية ومألوفة وفي هذه الحالة يكون مسؤولاً عن النتيجة أما إذا تدخلت عوامل شاذة وغير مألوفة فإن الجاني لا يسأل عن النتيجة [٢٩٣]

إنتفاء السببية :

تنتفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا كان هناك سبب أجنبي ترتب عليه حدوث الضرر ، وهذا السبب قد يكون حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة أو خطأ المريض نفسه أو خطأ الغير [٢٩٤]

وتنص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري والماده ١٦٦ من القانون المدني السوري صراحة بقولها (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدله فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك) هذا

٢٩١- نادى بهذا المعيار رجال القانون الألمان لتلافي الانتقادات التي وجهت إلى معيار تعادل الاسباب - عبد الفتاح خضر - الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي- ص٧٥.

٢٩٢- وهذا المعيار يكون بناءً على تصرف الشخص العادي وما تعارف الناس عليه . فالناس بطبيعتهم وحسب منطقهم وعرفهم يرفضون بعض العوامل ولا يعتدون بها في القول بوجود علاقة السببيه .

٢٩٣- ولعل هذه النظرية اقرب النظريات إلتقاءً مع المفاهيم الإسلامية ونظرية السببية عند فقهاء المسلمين . انظر عبد الفتاح خضر-المرجع السابق- ص ٨٨ .

٢٩٤- معوض عبد التواب - الوسيط في شرح جرائم القتل والأصابة الخطأ ص ٣١٨ .

بالنسبة للمسئولية المدنية وهو أيضاً ينطبق على المسئولية الجنائية إلا أن الاتفاق أو النص لا مجال لإعماله فيها لأن أحكام المسئولية الجنائية من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ."[٢٩٥]

٢٩٥- د. وهبه الزحيلي - نظرية الضمان - ص ٥٤ ، ٥٥ .

الفرع الرابع
التطبيقات النظامية في مسئولية الطبيب الجنائية عن الأخطاء في ممارسة الأعمال الطبية في المملكة العربية السعودية

لم تنشر القرارات الصادرة من اللجنة الشرعية بالرياض والمختصة بالفصل في الأخطاء الطبية[٢٩٦]، إنما يستفاد من مناقشة بعض الشراح لأهم تلك القضايا، أن اللجنة تسعى إلى التوفيق بين مصلحة المريض في سلامة نفسه وجسمه من التعرض لمخاطر الأخطار الطبية، وبين مصلحة الطبيب في أن يؤدي واجباته دون خشية من التعسف في المساءلة عن الأخطاء المألوفة في فن الطب ويتضح هذا الإتجاه في ميل اللجنة إلى عدم فرض عقوبات جنائية على الأخطاء الطبية البسيطة والإكتفاء حيالها بالعقوبات الإدارية أو المدنية أما الأخطاء المهنية الجسيمة فيلاحظ أن اللجنة تعاقب عليها بعقوبات جنائية وإدارية شديدة .

ونستعرض فيما يلي بعض قضايا الأخطاء الطبية التي نظرتها اللجنة الطبية الشرعية :

١- الإهمال في الإعداد لعملية جراحية :

أدخلت مريضة تبلغ من العمر خمسة وخمسين عاماً المستشفى فشخص الطبيب

٢٩٦- من الصعوبات التي تواجه الباحث في مجال الفقه الجنائي بالمملكة تعذر الإطلاع على الأحكام القضائية وحيثياتها وعدم نشر هذه الأحكام، ولا شك في أن هذا يعوق حركة الإخصاب الفكري وتلاقح الأفكار في المسائل الفقهية. فكثير من هذه المسائل يحتمل الخلاف ويمكن عن طريق البحث والمناقشة والتحليل الخروج بأفكار واقتراحات مفيدة تخدم العدالة القضائية وحقوق الأفراد في بلادنا .

حالتها على أنها " فتق سري مختنق " وجاء في ملاحظاته أن المريضة تعاني جفافاً شديداً بالجسم ناجماً عن فقدان السوائل، قرر الطبيب الجراح إجراء عملية جراحية للمريضة وأمر بإعطائها محاليل وريدية كما وجه بإجراء بعض التحليلات المختبرية لمعرفة نسبة الهيموجلوبين بالدم والكشف عن البول والسكر .

وبينما كانت المريضة في طريقها لغرفة العمليات أحضرت إحدى الممرضات نتائج فحص البول وسلمتها للجراح الذي لاحظ وجود كمية كبيرة من السكر والآستون بالبول . ولم يتراجع عن إجراء العملية للمريضة وقام بإجراء الجراحة إلا أن المريضة ظلت بعد العملية في غيبوبة وتوفيت بعد ثلاث ساعات من إتمام الجراحة نظرت اللجنة الطبية الشرعية هذه القضية وتبين لها ما يلي :

١- أن الطبيب الجراح وطبيب التخدير لم يعدا المريضة للعملية كما تقضي أصول المهنة والمعلوم أن خطورة إجراء عملية دون السيطرة على نسبة السكر أكبر من خطورة تأخير العملية لفترة ساعتين من أجل الإعداد الجيد لها .

٢- أخطأ الأطباء المشرفين على العلاج في عدم إستدعاء أخصائي الأمراض الباطنة المختص بعلاج مرض السكري كما أخطأ طبيب التخدير في تخدير المريضة دون السيطرة على مرض السكر .

٣- لم يثبت أن الأطباء قاموا بشرح حالة المريضة لأهلها بصورة كافية كما لم يوضحوا لهم خطورة العملية نظراً لكبر سن المريضة ولإصابتها بمرض السكر. إستناداً إلى ما تقدم قررت اللجنة الطبية الشرعية الآتي :

١- يحسم راتب خمسة عشر يوماً من طبيب التخدير ويستغنى عن خدماته بالمملكة .

٢- يحسم راتب خمسة عشر يوماً من الجراح .

٣- أفاد المدعى بأنه لا يطالب بحق خاص ولذلك لم تفرض اللجنة التعويض المدني. ويلاحظ أنه لا تناسب بين الأخطاء الطبية الجسيمة التي وقعت من الأطباء في هذا القضية وبين العقوبات البسيطة التي قررتها اللجنة حيال ما ثبت أمامها من إهمال في إعداد المريضة لعملية جراحية خطيرة ويجب على اللجنة أن تراعي عند تفريد العقاب مدى جسامة الخطأ ونتائجه الضارة بالإضافة لتقدير حالة المتهم وشخصيته والظروف والملابسات التي أحاطت بالواقعة "[٢٩٧].

٢- الاهمال في العلاج :

١- ثبت أمام اللجنة الطبية الشرعيه في قضية أتهم فيها طبيب بالتسبب في وفاة طفل نتيجة إعطائه لعلاج الملاريا جرعة أكبر مما يجب من عقار " الكلوركوين" تقرر عادة للكبار ولا تتناسب مع طفل في الرابعة من عمره .

٢- بالإضافة لعقار " الكلوركوين " وصف الطبيب للطفل عقار " كيمو كوين " وبجرعة كبيرة تتناسب مع الكبار مع العلم بأن أياً من العقارين المذكورين

٢٩٧- د. حسن أبو عايشة عضو اللجنة الطبية الشرعية سابقاً - مذكرات في الأخطاء الطبية في المملكة العربية السعودية، بحث مرقون على الآلة الكاتبة للفترة من ١٣٩٩-١٤٠٢هـ، ص٢٥-٢٧.

كان كافياً لإحداث مضاعفات للطفل .

٣- لاحظ الطبيب أن الطفل كان في حالة سيئة ومع ذلك لم يدخله المستشفى واكتفى بعلاجه في المنزل .

بناء على ما تقدم من وقائع وأدلة قررت اللجنة الطبية الشرعية أن الطبيب المعالج أرتكب خطأ جلياً تسبب في وفاة الطفل إذ أن الأطفال لا يحتملون الجرعات الزائدة من عقار " الكلور كوين " ولذلك تحققت مسؤوليته عن الوفاة .

٣- خطأ الطبيب في العلاج وعدم تحويل المريض للمستشفى :

ثبت في قضية نظرتها اللجنة الطبية الشرعية ما يلي :

١- إن التشخيص الذي توصل إليه الطبيب المتهم بشأن حالة المريضة كان سليماً إلا أن العلاج الذي إتبعه لا يتناسب مع إصابة المريضة بهبوط حاد في القلب إذ قام بخلط فيتامين "ج" مع عقار " السويراجين" في أمبول وأعطاه للمريضة بالوريد وترتب على ذلك وفاتها بعد لحظات وجيزة من حقنها .

٢- قام الطبيب بعلاج المريضة في عيادته الخاصة مع علمة بخطورة حالتها وقصور إمكانيات عيادته الخاصة لعلاج الحالات الخطيرة . ولما تقدم من أسانيد قررت اللجنة إلزام الطبيب المتهم بدفع دية القتل الخطأ لورثة المتوفاة ، وإخطاره بأن عليه شرعاً كفارة القتل الخطأ أو صيام شهرين متتابعين[٢٩٨] .

٢٩٨- الدكتور حسن أبو عايشة - مذكرات في الأخطاء الطبية في المملكة العربية السعودية ص ٢٥-٢٧. وكانت هذه الاحكام قبل صدور نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الاسنان بالمملكة الذي صدر بالمرسوم الملكي رقم م/٣ في ٢١/٢/١٤٠٩هـ . أما بعد صدور هذا النظام فلم تتح لي الفرصة رغم المحاولة الجادة والمستمرة في الاطلاع على أي من الاحكام أو القرارات الصادرة تطبيقاً لهذا النظام بحجة أن لها طابع خاص يتطلب سريتها.

المطلب الثالث
مقارنة بين نظرة الفقة الإسلامي والنظم الوضعيه
في أركان مسئولية الطبيب الجنائية

ليس الهدف من عقد هذه المقارنه الوصول إلى إثبات تقدم الشريعة على القوانين الوضعية فهذا أمر ليس مجالاً للمناقشة فالشريعة الصادرة عن الخالق لاشك أنها أكمل وأسمى وأشمل وأوفى من عمل المخلوق وإنما هدفنا منها الكشف عن جوانب من هذا التقدم فالذي انتهى إليه رجال القانون الوضعي اليوم هو نفسه الذي بدأت به الشريعة الإسلامية قبل أكثر من ألف عام فأركان مسئولية الطبيب الجنائية في القوانين الوضعية هي نفس أركانها في الشريعة الإسلامية ومن ثم يمكن القول ان النظم الوضعية بدأت من حيث إنتهى الفقة الإسلامي في هذا الموضوع وهذا الالتقاء لم يكن وليد مصادفة إنما كان نتيجة لإقتباس كثير من المبادئ العقابية وحقوق الإنسان من الشريعة الاسلامية بعد أن دخل المسلمون الأندلس وأقاموا بها حضارة كانت نواة الحضارة الغربية اليوم .

وسوف يبرز من إستعراض موجز لأركان مسئولية الطبيب الجنائيه جوانب من سمو وتكامل فقه الشريعة الإسلامية وسبقها للقوانين الوضعية وذلك من خلال المقارنة وفقاً للأتي :

أولاً : ركن التعدي .

ثانياً : ركن الضرر .

ثالثاً : ركن الأفضاء " الرابطة السببية "

أولا: في ركن التعدي.

وهو الذي يعبر عنه القانونيون بالخطأ . ولا شك أن التعبير الشرعي أولى وأفضل وذلك لأن الشأن فيه النظر إلى واقع السلوك في عالم المادة الخارجي بغض النظر عمن أوقعه أما التعبير بالخطأ فالشأن فيه النظر إلى من قام بالفعل نفسه هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن التعدي يشمل العمد والخطأ ويشمل التقصير والاهمال ونحوهما أما التعبير بالخطأ فمجرد النطق به يوحي بأنه مقابل العمد ولا يشمل العمد إلا بإصطلاح خاص. يظهر من هذا أن إصطلاح فقهاء الإسلام أدق وأسلم [٢٩٩].

ويظهر سبق فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معيار التعدي "معيار الخطأ" فقد أوضحت عند بحث ركن التعدي في الشريعة الإسلامية أنه إذا لم يكن هناك نص في الشريعة على تجريم أفعال معينة أو تحريمها فإن أساس قياس التعدي هو المعيار الموضوعي [٣٠٠]، وذلك لأن الشريعة الإسلامية شريعة موضوعية تنظر للأمور نظرة مجردة . فالذي يحكم ذلك ويحدده هو العرف وهو ما استقرت عليه النفوس وتلقته الطبائع السليمة بالقبول وهذا محكوم بقاعدة (كل ماورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له في اللغة يرجع فيه إلى العرف) [٣٠١]، مع الأخذ في الاعتبار الظروف التي

٢٩٩- د. فوزي فيض الله -نظرية الضمان- ص ٩٢ .

٣٠٠- د. فوزي فيض الله - نظرية الضمان ص ٩٣ ، ٩٢ .

٣٠١- الأشباه والنظائر للسيوطي- ص ٨٨ .

وجد فيها المتهم وقت إرتكابه الفعل المحظور أو إمتناعه عن القيام به. واليوم يرى غالبية رجال القانون أن المعيار الصحيح في قياس الخطأ هو المعيار الموضوعي بالإضافة إلى الاعتداد بقدرة الفاعل واستطاعته " المعيار المختلط " فبهذا يكون قد تلاقى القانون الوضعي مع فقه الشريعة في هذه النقطة، ومنه يظهر أن القانون قد إنتهى من حيث بدأت الشريعة الإسلامية فقد بدأ المعيار عند رجال القانون موضوعياً ولكنه ما لبث أن وجه له من الانتقادات ما جعلهم يتجهون إلى المعيار المختلط الذي هو في مضمونه ومعناه الذي أرسته ونصت عليه الشريعه الاسلاميه واستخلص توضيحه من فروعها .[٣٠٢]

كما يظهر كمال الشريعة الاسلامية وسموها بتحريمها التعدي السلبي المتمثل في إمتناع الطبيب فبناء على قواعد الشريعة الإسلامية فإن رفض الطبيب إسعاف مريض بدون مبرر يعتبر جريمة لأنه ترك لواجب شرعي يوجب عليه إغاثة الملهوف .

أما القوانين الوضعية فقد كانت إلى عهد قريب لا تقر مثل هذه الجريمة ولا تعاقب على التعدي السلبي المتمثل في "الترك " إلا إنها قد إتجهت إلي ذلك اخيراً بالنص صراحة على تحريم رفض العلاج بدون مبرر . وذلك تأثراً بالفقه الإسلامي .

ثانياً : في ركن الضرر

تلتقي القوانين الوضعية مع فقه الشريعة الإسلامية في تحريم الضرر وبيان أنواعه وشروطه كما أو ضحنا سابقاً. إلا أن هنالك أوجه إختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في تحديد الشريعة الاسلامية محل الجناية وما يتعلق بها من ضرر سواء في النفس أو في ما دون النفس تحديداً دقيقاً والعمد والخطأ في

٣٠٢- المغني مع الشرح الكبير لابن قدامه ج ٩ ص ٥٨٠-٥٨١.

هذا التحديد سواء ويظهر ذلك واضحاً فيما دون النفس فقد تناولت جل أعضاء الإنسان بالتوضيح والتحديد[٣٠٣]

أما في القوانين الوضعيه فقد وضعت نصوصاً ذكرت أمثلة فقط ثم وضعت عقوبة ذات حدين أدنى واقصى ليقدر القاضي بسلطته ما يتناسب مع المجرم من عقوبة [٣٠٤]، وترتب على هذا الاختلاف ان القاضي في الفقه الاسلامي ما عليه إلا أن يتعرف على نوع الضرر الذي لحق بالمجني عليه ثم يقرر عقوبته المقدرة فلا مجال لسلطة تقديريه إلا فيما لا مقدار فيه وهوكالأرش غير المقدرالتي يراها وهذه ليست ذات بال.

أما في القانون الوضعي فإن للقاضي الوضعي سلطة تقدير الضرر وتقدير العقوبة ويلاحظ هنا مدى النظرة الإنسانية في الفقه الإسلامي التي تتفق مع روح الشريعة الاسلامية في نظرتها للانسان فمبدأ المساواة بين بني الإنسان واضح حيث لا فرق في الدية المقررة شرعاً بين غني وفقير او بين شريف ووضيع فالكل في ذلك سواسيه .

٣٠٣- حيث يجب في كل حاسة الديه كاملة ففي الانف الدية ، وفي اللسان الديه وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي الافضاء الديه وفي الجلد الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي العينين الديه وفي الاذنين الدية وفي الشفتين الدية وفي القدمين الدية وكذلك الحلمتين . وفي الانثيين الدية وفي الشعر الدية وفي الاسنان الدية وفي كل سن خمس من الإبل ، وكذلك الحال بالنسبة لدية المعاني كالعقل والكلام والمشي والنكاح وغيرها، ففي كل منها الدية كاملة -إنظر الدية بين العقوبة والتعويض للدكتور عوض أحمد - دار المكتبة الهلال -بيروت-ص٢٥٢ ومابعدها.

٣٠٤- وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية :(لم يحدد القانون نسبة مئوية معينه للنقص الذي يكفي وقوعه لتكوينها " أي العاهه " بل ترك الامر في التقدير لقاضي الموضوع يبت فيه بما يتبينه من حالة المصاب وما يستخلصه من تقرير الطبيب " انتهى - نقض في ١٩٧٥/١١/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ٧٥١ رقم ١٦٦. مشار إليه لدى أسامه قايد المسئولية الجنائية - ص ٢٦١ .

ثالثاً : بالنسبة لرابطة السببية بين التعدي والضرر:

فهي تتوافر في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية متى كان سلوك الطبيب هو العلة المباشرة أو علة مقبولة عرفاً عند توالد العلل وتواليها، فما تعارف الناس عليه هو المعيار الفاصل بين ما يقبل من عوامل وما لا يقبل ولذلك كانت نظرية السببية في الفقه الإسلامي متسمة بالمرونة لتقبل إلى جانب العوامل الحسية والشرعية العوامل التي يقبلها الناس بحسب عرفهم ومنطقهم .

كما أنها تتسم بالعدالة لكونها تعتمد على شعور الناس بهذه العدالة باعتبار أن هذا الشعور حاسة فطرية فُطِرَ الناسُ بطبيعتهم عليها وإذا أردنا أن نربط هذه المفاهيم الإسلامية بما سبق أن أوضحناه حول النظريات القانونية المتعلقة بعلاقة السببية فإننا نجد أن نظرية السبب الملائم التي تأخذ بمعيار التفرقة بين العوامل المألوفة أقرب هذه النظريات إنسجاماً مع نظرية السببية في الفقة الإسلامي[٣٠٥]، وإذا كانت هذه النظرية القانونية " السبب الملائم " جاءت حديثاً وعرفها رجال القانون أخيراً فإن فقهاء الاسلام قد أخذوا بهذه النظرية قبل أن تعرف عند القانونيين مما يعد للفقهاء المسلمين سبقاً وتفوقاً في هذا المجال، كل ذلك يؤكد أن الشريعة الإسلامية أوفى وأسمى وأضبط وأعدل في هذا وغيره من الأمور ذوات البال .

---

٣٠٥ د. عبد الفتاح خضر - الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقة الاسلامي - ص ٨٨ .

الفصل الثالث

{ مسئولية الطبيب المدنية }
{ في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية }

الفصل الثالث

مسئولية الطبيب المدنية
في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية

تمهيد

تناولنا في الفصل الثاني بيان مسئولية الطبيب الجنائية عن أفعاله عرضنا فيه لمعنى هذه المسئولية وأركانها ومصادرها، وفي هذا الفصل نعرض للمسئولية المدنية التي يمكن أن تترتب على ما قام به من أفعال ألحقت الضرر بمريضه، وهذه المسئولية قد تكون عقدية أي مصدرها العقد وقد تكون تقصيرية أي تفترض وجود خطأ سبب ضرراً للغير وتوافرت علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

لهذا سوف تكون خطة بحثنا في هذا الفصل بادئة بتحديد معنى مسئولية الطبيب المدنية في مبحث أول المطلب الأول منه نحدد نظرة الفقه الإسلامي للمسئولية المدنية وفي مطلب ثاني نحدد نظرة النظم الوضعية لها وأخيراً في مطلب ثالث نضع التعريف الخاص بمسئولية الطبيب المدنية.

وفي المبحث الثاني نبين أركان مسئولية الطبيب المدنية في الفقه الإسلامي والنظم الوضعية وفي المبحث الثالث نحدد مصدر مسئولية الطبيب المدنية .

أما المبحث الرابع فقد خصصته لمسئولية الطبيب المدنية في ضوء النظام السعودي.

المبحث الأول

تحديد معنى مسئولية الطبيب المدنية

تمهيد

إن التعرف على جوانب المسئولية المدنية للطبيب يستوجب بداءة تحديد مفهوم المسئولية المدنية بوجه عام في الفقه الإسلامي، أولاً ثم في الأنظمة الوضعية ثانياً لنخرج من ذلك بتعريف جامع مانع لمسئولية الطبيب المدنية تتحدد بواسطته عناصر وأركان مسئولية الطبيب المدنية.

المطلب الأول
تعريف المسئولية المدنية
في الفقه الإسلامي

عرفها بعض المحْدَثين من الفقهاء بأنها : الحكم على الشخص بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته،[٣٠٦] بينما عُرفت في الفقه الإسلامي بالضمان وقد عرف الفقهاء القدامى الضمان بتعريفات كثيرة، فعرفه الغزالي بقوله : "الضمان هو وجوب رد الشيء أو أداء بدله بالمثل أو بالقيمة "[٣٠٧]، وعرفه الشوكاني بقوله: " الضمان عبارة عن غرامة التالف، "[٣٠٨]، وجاء في مجلة الأحكام العدلية أنه: "إعطاء مثل الشيء إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً "[٣٠٩] ونعتقد أن تعريف المسئولية بأنها الحكم على الشخص بالتعويض، هو أقرب التعريفات دلالة على معنى المسئولية لأنه يعطي الحرية للقاضي أن يحكم بالتعويض على أي صورة كانت، دون أن يتقيد بكونه المثل أو قيمة المثل وذلك وفقاً لما يراه محققاً لمعنى التعويض وبما يجبر الضرر الذي وقع على المضرور، ومع ذلك فإن من الباحثين من يري أن لفظ "الضمان" أدق من لفظ المسئولية لأن لفظ الضمان يوحي بالناحية المالية بينما لفظ المسئولية يظهر منه نواحي محاسبة الشخص من ناحية الجزاء لا من الناحية المالية "[٣١٠]، وأعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الحكم بالتعويض

٣٠٦- محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة دار الشروق ، بيروت الطبعة الثانية عشر ١٩٨٣م ص ٣٩٢ .

٣٠٧- الغزالي - الوجيز (مطبعة الآداب بمصر سنة ١٣١٧هـ) جـ ١، ص ٢٠٨ .

٣٠٨- الشوكاني - نيل الأوطار، ص ٣٦٢ .

٣٠٩- سليم رستم باز اللبناني-شرح مجلة الأحكام العدلية-دار إحياء التراث العربي-بيروت ط٣-١٤٠٦هـ-المادة ٤٢٦ ص٢٣٥.

٣١٠- د. إبراهيم ابو الليل: المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق -دار النهضة العربية القاهرة -مصر- ص ١٥٢.

مشتملاً على معنى المحاسبة والجزاء لما في ذلك من تطييب لنفس المعتدى عليه، وصيانة أموال الغير من الأعتداء والإتلاف، وأيا كان الأمر فإن إضافة كلمة المدنية قد خصصت هذا العموم حيث يمكن القول بأن الضمان بمعناه الضيق يطابق معنى المسئولية المدنية تماماً وتنقسم المسئولية المدنية بالنظر إلي مصدرها إلى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية وسنوضح كل من المسئوليتين فيما يلي :

أ) ضمان العقد (المسئولية العقدية) :

فالعقد هنا يكون مصدراً للمسئولية وبالتالي ترتيب الضمان ، ويتحقق ذلك في حالة إخلال أحد المتعاقدين بما أتفق عليه في العقد، كما لو إمتنع البائع عن تسليم المبيع للمشتري بعد دفع الثمن، أو أخل بأحد الشروط المتفق عليها صراحة أو ضمناً "[٣١١]، والضمان العقدي حينئذ يكون أثراً لإلتزام عقدي قائم فلا يتضمن إنشاء التزام جديد في ذمة المتعاقد، وذلك لان من جملة آثار الالتزام العقدي التنفيذ العيني، حيث يتعين على المدين تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً، أما إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين إستعداده للتعويض ، ففي هذه الحالة تقوم المسئولية العقدية ويكون المدين مسئولاً عن عدم تنفيذ إلتزامه ويحكم عليه بالتعويض مالم يثبت أن إستحالة التنفيذ كانت لسبب أجنبي لايد له فيه "[٣١٢]. والشريعة الإسلامية تتشدد في الوفاء بهذا النوع من التعامل وتعتبر الوفاء بالعقد أمراً واجباً لا يسع الإنسان أن يخل به أو بأحكامه التي أرتضاها قال تعالى ﴿ يأيها الذي آمنوا أوفوا بالعقود ﴾[٣١٣] .

٣١١- انظر السيوطي - الاشباه والنظائر ص ٣٩٠ .

٣١٢- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط جـ١ ص ١٧٢ وما بعدها .

٣١٣- سورة المائدة آيه رقم ١.

ب) ضمان الفعل الضار (المسئولية التقصيرية) :

ويترتب هذا الضمان على الفعل الضار الذي يحدثه الشخص بغيره ومبدأ المسئولية عن الضرر ثابت بحديث رسول الله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[٣١٤]

وقد استخرج الفقهاء من هذا الحديث قواعد عامة صارت من أصول الشريعة التي يسير عليها الفقهاء في استخراج حكم لمسألة من المسائل ومن هذه القواعد " الضرر يزال"[٣١٥]، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "[٣١٦]، "وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها" وقد كان لهذه القواعد أثرها الكبير في إستقرار أحكام المسئولية عن الفعل الضار"[٣١٧]، والفعل الضار الذي يرتب الضمان هو ما كان مخالفاً لخطاب الشارع، لذلك عبر بعض الباحثين عنه بالجريمة، فسمى الفعل الضار الذي يرتب التعويض المالي "الجريمة المدنية"[٣١٨]، وهذا التعبير وارد سواء حل بالنفس أو البدن أو المال أو العرض أو غير ذلك من كل ما نهى الشرع عن المساس به وتوعد فاعله بالعقاب "[٣١٩].

التفرقة بين ضمان العقد وضمان الفعل الضار:

على الرغم من وجود أحكام المسئولية المدنية متناثرة في أبواب كثيرة من كتب الفقه الإسلامي إلا أنه يمكن التفرقة بين ضمان العقد وضمان الفعل الضار على

٣١٤- أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً الشوكاني (نيل الأوطار جه ، ص ٢٦٠ وهو حديث مشهور) .

٣١٥- المادة ٢٠ من مجلة الاحكام العدلية، وكذلك نظرية الضمان - د. وهبه الزحيلي - ص ٢٠٢ .

٣١٦- محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - القاهرة - ص ٣٩٤ وما بعدها.

٣١٧- الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٢-٩٣، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ٨٥-٨٧ . الشيخ شلتوت الإسلام عقيدة وشريعة ٣٩٦ .

٣١٨- الموافقات للشاطبي جا، ص ١٩٩ بشرح الشيخ عبد الله دراز (المكتبه التجاريه الكبري ، عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ج ١ ، ص ٧٧ د. إبراهيم أبو الليل :المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق - ص ١٥٢.

٣١٩- د. المرسي السماحي / الجناية على الأبدان وموجبها في الفقه لاسلامي ص ٢٥ .

أساس أن ضمان العقد ينشأ عن العقد مباشرة فمصدره إرادة المتعاقدين ، وهذه الإرادة هي التي تنظم أحكامه وترتب عليها الأثار التي ترتضيها، أما ضمان الفعل الضار فينشأ عن الفعل غير المشروع وتخضع أحكامه لما قررته الأحكام الشرعية[٣٢٠].

٣٢٠- د. ابراهيم ابو الليل - المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق، ص ١٥٣ .

المطلب الثاني
تعريف المسئولية المدنية في النظم الوضعية

المسئولية المدنية هي "أن يحاسب شخص عن ضرر أحدثه بغيره "[٣٢١]. وعرفها البعض الآخر من فقهاء القانون الوضعي بأنها إلتزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بإلتزام يقع عليه[٣٢٢] ، وتقوم هذه المسئولية حين يخل الفرد بما التزم به قبل الغير قانوناً أو إتفاقاً، والجزاء في هذه الحالة هو تعويض الضرر الناشئ عن هذا الاخلال[٣٢٣]، وقبل أن نقسم المسئولية المدنية إلي التقسيم التقليدي لها: عقدية وتقصيريه تجدر الإشارة إلى أن المسئولية المدنية التي تترتب على الإخلال بما فرضه العقد أو القانون قد تكون مسئولية مدنية صرفة إذا نشأت عن إرتكاب فعل ضار غير إجرامي، وذلك كالضرر المترتب على إتلاف غير عمدي لمال الغير أو على واقعة إمتناع المقترض عن سداد ما إقترضه من دين، كما قد تكون المسئولية المدنية مرتبطة بالمسئولية الجنائية وملازمة لها وذلك إذا كان الضرر الذي لحق بالمضرور قد نشأ عن إرتكاب فعل إجرامي ففي هذه الحالة يكون من حق المضرور أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء إرتكاب الجريمة، وإن كان من المتصور أن تأخذ الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجنائية شكلاً آخر غير المطالبة بالتعويض المادي، ومثال ذلك أن يطالب الزوج المجني عليه في جريمة الزنا بالطلاق، وقد يطالب المجني

٣٢١- د. محمود جمال الدين زكي- الوجيز في مصادر الإلتزام -مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة - ١٩٦٨م، ص ٤٤٢ وما بعدها.

٣٢٢- د. عبد المنعم فرج الصده-مصادر الإلتزام-ط عام ١٩٥٨م-مصر-ص ٣٧٠.

٣٢٣- حسين عامر / المسئوليه المدنيه والعقدية والتقصيرية - مطبعة مصر - ١٣٧٦هـ، ص ١١.

عليه في جريمة النصب ببطلان العقد الذي كانت الطرق الإحتيالية وسيلة لإبرامه "[٣٢٤]، وهناك فرق أساسي بين الدعوى المدنية الصرفة، والدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة ويتحدد هذا الاختلاف في التكييف القانوني للواقعة التي تعد سبباً في الدعوى فهو في الأولى ضرر تميز بمصدره غير الإجرامي، وفي الثانية ضرر تميز بمصدره الإجرامي، ويترتب على هذا الفرق إختلاف في الأحكام المنظمة لكل منهما فالدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة تقام أمام القضاء المدني أو الجنائي وللمدعي الخيار في ذلك فإذا أقيمت أمام القضاء الجنائي ترتب عليها تحريك الدعوى الجنائية، وعلي خلاف الحال بالنسبة للدعوي المدنية الناشئة عن فعل ضار غير إجرامي فهي لا تقام إلا أمام القضاء المدني ولا دور لها في تحريك الدعوى الجنائية، كما أن التعويض الذي يحكم به في الدعوي المدنية الناشئة عن الجريمة يجوز تنفيذه بالإكراه البدني وهو من طرق التنفيذ الجنائية، على حين يقتصر تنفيذ الحكم بالتعويض في الدعوي الناشئة عن فعل غير إجرامي على الوسائل المدنية "[٣٢٥].

٣٢٤- د. محمود نجيب حسني / شرح قانون الإجراءات الجنائيه صـ٢٦٧ . ٢٦٨.

٣٢٥- د. محمد نجيب حسني-شرح قانون الإجراءات الجنائية -ص ٢٦٧- ٢٦٨ .

أقسام المسئولية المدنية:

وتنقسم المسئولية المدنية بحسب ما إذا كان مصدرها هو العقد أو القانون إلى قسمين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية[٣٢٦]

أ) المسئولية العقدية:

تقوم المسئولية العقدية إذا كان هناك ضرر قد لحق أحد المتعاقدين وينشأ هذا الضرر عن إخلال الطرف الآخر بإلتزام ناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه ومثال ذلك مسئولية البائع عن عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري أو عدم تسليمه له ، ومسئولية المقاول عن التأخر في إقامة البناء الذي تعهد ببنائه عن الميعاد المتفق عليه[٣٢٧].

ب) المسئولية التقصيرية :

تقوم المسئولية التقصيرية على إلزام القانون بتعويض الضرر الذي ينشأ دون علاقة عقدية بين المسئول عنه والشخص الذي كان ضحيته أو هي التي تنشأ عن الإخلال بإلتزام فرضه القانون كمسئولية سائق السيارة التي يقودها دون حيطة، فيصيب إنساناً أو يتلف مالا، ويجمع بين كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية قيامهما على الخطأ سواء ترتب ذلك على مخالفة العقد أم على مخالفة القانون، كما أنه يترتب على الخطأ في الحالتين وجوب تعويض المضرور إلا أن هذا لا يعني أنه ليس بينهما فروقاً ترجع إلى إختلاف التنظيم القانوني لكل منهما من بعض الوجوه [٣٢٨].

٣٢٦- د. جمال زكي : الوجيز ص٤٤٣ ، حسين عامر: المسئولية المدنية - ص١١-١٢.

٣٢٧- السنهوري - الوسيط، جـ١ ص ١٤٩ وما بعدها .

٣٢٨- السنهوري - الوسيط جـ١ ص ٥٠٩ ص ٨٤٧ وما بعدها .

المطلب الثالث
تعريف مسئولية الطبيب المدنية

يمكن القول بأن التعريفات السابقة للمسئولية المدنية بوجه عام متقاربة سواء في الفقة الإسلامي أو القانون الوضعي فهي في مجملها لم تخرج عن وصف المسئولية المدنية بأنها : إلتزام الشخص بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته [٣٢٩].

ولكني أرى أن التعبير بلفظ إلزام أولى من إلتزام ذلك لأن لفظ إلتزام يوحي بالإختيار والإرادة فكأن الملزم بالتعويض ألزم نفسه بالمسئولية عما لحق الغير من أضرار، ولأنه في غالب الأحيان لا يسعى الشخص لإلزام نفسه بتعويض الغير، عما لحقهم من أضرار من جهته ولذلك يلزمه القانون أو الاتفاق بتحمل هذه التعويضات متى لحق الغير ضرر بسببه .

لذلك فإن التعريف الذي أراه لمسئولية الطبيب المدنية هو : (إلزام الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي أصابت الغير من جهته أثناء ممارسته العمل الطبي).

ومن هذ التعريف يمكن ان نحدد عناصر وأركان مسئولية الطبيب المدنية ويظهر من خلاله مايلي:-

١- اقتصار التعريف لمدلول المسئولية المدنية على الطبيب وحده ويخرج منه ماعداه كالمحامي، القاضي والمهندس وغيرهم فهؤلاء ليسوا بأطباء .

٢- عدم إتساع التعريف لشمول الجزاءات والعقوبات التي قد تقع على الطبيب إذا أخطأ أو خرج عن الأصول المتعارف عليها في مهنة الطب، أو تعدى عمداً أو مارس مهنة الطب بدون ترخيص أو إذن لأن هذه الجزاءات والعقوبات تبحث

٣٢٩- د. وهبه الزحيلي - نظرية الضمان ١٩٩٠م ص ١٥ . بتصرف .

في نطاق المسئولية الجنائية للطبيب.

والتعويض عن الأضرار بوجه عام يشمل :

١- الأضرار المتعلقه بالنفس الإنسانية ومادونها .

٢- تكاليف العلاج والتطبيب والدواء .

٣- الألم الناشئ عن الجناية .

٤- المنافع الفائتة للمجني عليه من مرضه إلى حين شفائه[٣٣٠].

ولقد عنيت الشريعة الإسلامية بحماية النفس الإنسانية وحرصت على تقرير المسئولية في حالة القتل أو الجرح الخطأ وما في حكمه ففرضت الديه على الجاني، والكفارة على من قتل مؤمناً خطأ[٣٣١].

ولقد كانت التشريعات القديمة تقف موقفاً متشدداً من مسئولية الطبيب فتتم مساءلته على ما أحدثه من ضرر أصاب المريض، ومن ثم كان الضرر مناط المسئولية وليس الخطأ، وهذه القسوة أدت إلى هروب كثير من الأطباء من ممارسة هذه المهنة لخطورتها، ولكن الشريعة الإسلامية قد أقامت مسئولية الطبيب على الأساس العام للضمان وهو التعدي أو الخطأ وليس على أساس الضرر[٣٣٢].

وتشهد القواعد العامة للشريعة الإسلامية التي تحكم مزاولة أعمال الطب والجراحة على رعاية الإسلام لهذه الأعمال، فتعلم الطب وممارسته من فروض الكفاية التي يتعين على فريق من الأمة القيام بها وإلا أثمت جميعاً[٣٣٣]، ومع ذلك فلابد لمزاولة هذه المهنة من شروط وقيود حتى لا يخرج هذا العمل النبيل عن هدفه الأسمى وهو

٣٣٠- د. محمد أحمد سراج – ضمان العدوان في الفقة الإسلامي – ص ٢٠٣.

٣٣١- د. أحمد شرف الدين . الاحكام الشرعيه للأعمال الطبية ص ٢٥.

٣٣٢- د. محمد أحمد سراج – ضمان العدوان في الفقه الاسلامي – ص ٥٧٥ .

٣٣٣- د. أحمد شرف الدين – الاحكام الشرعية للاعمال ص ٣٢ .

معالجة الأبدان ورعايتها، وليس الإضرار بها ومفسدتها .

فإذا أخطأ الطبيب في فعله، والحال أنه من أهل المعرفة فالدية على عاقلته فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب وعليه الضمان ، وقال مالك وقوله أرجح إن الدية في ماله لأن فعله عمد ، والعاقلة لا تحمل العمد[٣٣٤] ، ومما لا شك فيه أن الفقة الإسلامي عندما أحاط الطبيب وعمله بالرعاية ونظم مزاولة هذه المهنه إنما كان ذلك لشرف هذا العمل وما يعود به على الفرد والمجتمع من الفائدة والمنفعة ودفع الضرر.

٣٣٤- د. احمد فتحي يهنسي - الموسوعة الجنائية في الفقه الاسلامي، طبعة ١٩٩١م ، ١٤١٢هـ - جـ٤ ، ص ٤٠ .

المبحث الثاني
أركان المسئولية المدنية للطبيب

تمهيد

من تعريف مسئولية الطبيب المدنية ، يمكن القول بأنها تقوم متى وقع منه خطأ "تعدي" أدى إلى إصابة المريض بالضرر مع وجود رابطة سببية بين هذا التعدي والضرر .

وهذه الأركان الثلاثة هي أركان مسئولية الطبيب المدنية في الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، وهي نفسها أركان مسئولية الطبيب الجنائية التي سبق وأن أفضنا الحديث حولها لذلك سوف نستعرضها في مطلبين :

المطلب الأول : أركان مسئولية الطبيب المدنية في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني: أركان مسئولية الطبيب المدنية في النظم الوضعية .

المطلب الأول
أركان المسئولية المدنية للطبيب في الفقه الإسلامي

المسئولية تفترض أصلاً وجود خطأ سبب ضرراً للغير وأن تتوافر العلاقة بين هذا الخطأ وذلك الضرر، وهما ذات الفكرة التي تقوم عليها المسئولية في الشريعة الإسلامية اذ لا مجال للمساءلة ما لم يكن هناك خطأ وقع من الفاعل وضرر لحق المضرور من جراء هذا الخطأ .

وتتفق كلا من نوعي المسئولية في إشتراط وجود الفعل الذي سبب الضرر أو الخطأ بمعنى آخر، لذلك سيكون منهجنا في البحث في هذا المطلب البدء بالفعل الصادر من المتهم ثم الضرر الذي لحق المجني عليه أو المضرور ثم علاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر في الشريعة الإسلامية لنقف على الإتجاه العام في فكر الفقهاء المسلمين ونظرتهم إلى هذه المسئولية .

الفرع الأول
التعدى "الخطأ "

بتتبع كتب الفقه الإسلامي نجد أن التعبير بلفظ التعدي هو التعبير الدارج لدى الفقهاء المسلمين وهذا يدل على نظرتهم المادية للمسئولية عن الأضرار حيث ينظرون إلى الإعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسئولية كلما حدثت بغض النظر عن أهلية المعتدي أو قصده ومن ثم فالتعدي هو مجاوزة الفاعل للحد .

وقد تعرض الفقهاء للتعدي في المجال الطبي ومجاوزة الطبيب الحد المعتاد في كثير من المسائل أعرض منها ما يلي:-

قال الإمام الخطابي [٣٣٥] (لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً والمتعاطي علماً أو عملا لا يعرفه متعدٍ)[٣٣٦]

ويرى الحنفية أنه إذا أمر ختّاناً ليختن صبياً وفعل الختان ذلك فقطع حشفته ومات الصبي من ذلك، فعلى عاقلة الختان نصف الدية وإن عاش فعلى عاقلته الدية كلها لأن الموت حصل بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الغلفة والآخر غير مأذون فيه وهو الحشفة فيجب نصف الدية ، وأما إذا برئ، جعل قطع الجلدة وهو مأذون فيه كأن لم يكن وقطع الحشفة غير مأذون فيه، فوجب ضمان الحشفة كاملاً وهو الديـة[٣٣٧]

على حين يذهب المالكيـة إلى أنه إذا أدعى الحـجام قلع ضـرس أذن له فـيـه

٣٣٥- هو أبو سليمان احمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي السنيني عالم مشهور ولد ببست سنة ٣١٩ هـ ونبغ في الحديث والفقه واللغة والأدب من مصنفاته معالم السنن ، وغريب الحديث وأعلام الحديث (معجم المؤلفين عمر كحالة) .

٣٣٦- الخطابي - معالم السنن-مطبعة أنصار السنة-مصر ١٣٦٧هـ جـ٦ ص ٢٧٨.

٣٣٧- ابن عابدين -رد المحتار علي الدر المختار- جـ٦ ،ص ٦٢٤.

ونازعه ربه وقال بل قلعت غير المأذون فيه ، فيُصدَّق الحجام ويُحلَّف المتهم دون غيره وله المسمى لا أجرة المثل، خلافاً لسحنون، حيث قال إن كلاً منهما مدعٍ ومدعى عليه فيتحالفان ويكون للحجام أجرة مثله لا التسمية، وإن صدَّق الحجام من نازعه في أن المقلوع غير المأذون فيه فلا أجرة له وعليه القصاص في العمد والدية في الخطأ، والناب والسن كالضرس وخصه المصنف بالذكر لأن الغالب وقوع الألم فيه"[٣٣٨].

وعند الشافعية أن من حجم غيره أو فصده بإذن معتبر كقول حر مكلف لحاجم احجمني أو أفصدني ففعل وأفضى للتلف لم يضمن ما تولد فيه وإلا لم يفعله أحد، هذا إن لم يخطئ فإن أخطأ ضمن، قال إبن المنذر أجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن.

أما الحنابلة فقد نصوا على أنه إذا ختن صبياً بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن لأنه قطع غير مأذون فيه ، وإن فعل ذلك الحاكم أو وليه أو فعله من أذن له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعاً"[٣٣٩].

وللتعدي صورتان هما :

الصورة الأولى " ويندرج تحتها كل إمتناع من الطبيب عن تنفيذ أي إلتزام إلتزم به في العقد أو الزمه به الشرع سواء كان ذلك الإمتناع ناشئاً عن عمده أو خطئه "[٣٤٠]

مثال : الإلتزام الناشئ عن العقد في الحالة الماثلة عدم حضور الطبيب في الموعد المحدد له في العقد أو عدم تسليم الطبيب المنفرد نفسه

٣٣٨- الدسوقي -الحاشية على الشرح الكبير للدردير-طبعة دار إحياء الكتب جـ٤ ص ٢٩ .

٣٣٩- المغني والشرح الكبير للإمامين موفق الدين ابن قدامه وشمس الدين ابن قدامه المقدسي - طبع دار الكتاب العربي- جـ٦، ص ١٢١.

٣٤٠- السيد رضوان- العلاقة بين الطبيب والمريض - ص ٢٩٤.

للمريض المدة المتفق عليها أو عدم قيام الطبيب المشترك بالعمل المتفق عليه، وهذه الأمثله خاصة بالطبيب المأجور والجزاء الذي يترتب عليها عدم إستحقاق الطبيب للأجر المتفق عليه، أو أي شرط جزائي آخر منصوص عليه بالعقد.

مثال الإلتزام الناشئ عن الشرع، ما تقضي به قواعد الشريعة العامة من وجوب إغاثه الملهوف وإسعاف المريض المحتاج فإمتناع الطبيب في هذه الحالة يجعله عرضة للمساءلة عما يترتب على هذا الإمتناع من نتائج وعمله هذا يعتبر تعدياً منه عن طريق " الترك".

الصورة الثانية : ويندرج تحت هذه الصورة كل خطأ أو تعدي يحدث من الطبيب أثناء عمله العلاجي أو الجراحي كأن يتجاوز الموضع المعتاد أو يقطع في غير موضع القطع أو يتجاوز بالجرح الحد المعتاد وهذا ما يعرف بأخطاء الطبيب المهنية الناتجة عن ممارسة الطبيب لمهنته، وقد بحث الفقهاء المسلمون مسألة تضمين الطبيب إذا أخطأ أو تجاوز في عمله وأنتهوا إلي أنه إذا حصل التلف بمأذون فيه دون تعد أو تقصير فلا ضمان لأنه لو ضمن لأمتنع الناس عن فعله، أما إذا حصل بغير مأذون فيه أو بمأذون فيه مع التعدي أو التقصير وجب عليه الضمان [٣٤١]، قال إبن المنذر (وأجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن) [٣٤٢].

٣٤١-السيد رضوان العلاقة بين الطبيب والمريض، ص ٢٩٨ .

٣٤٢- مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيبش-مطبعة مصطفى الحلبي- ١٩٥٨م، جـ٤ ص ٢٠٢ ، وكذلك السيد رضوان - العلاقة بين الطبيب والمريض - ص ٢٩٨.

الفرع الثاني
الضرر الطبي

الضرر هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان ذلك في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته [٣٤٣] فتوجب الشريعة دفع الضرر بصفة مطلقة، قال ﷺ ﴿ لا ضرر ولا ضرار﴾ [٣٤٤] والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر وقد إنبثقت من هذا الحديث القاعدة الفقهية "الضرر يزال" [٣٤٥] ويشمل الضرر الحقوق المتعلقة بالجسم الإنساني وسلامته، ومن ثم يكون أي أذى يلحق جسم الإنسان بدءاً من إصابة أي عضو فيه وإنتهاءً بوفاته موجباً للضمان ، ومفهوم الضرر المضمون في مجموع الأراء الفقهية الراجحة عام وشامل لكل أذى يصيب الإنسان في بدنه ونفسه وماله وحقوقه الأخرى التي كفلها له الشارع [٣٤٦].

والقاعدة هو أنه إذا حصل خطأ دون أن يترتب عليه ضرر فإن المسئولية لا تقوم مهماكان هذا الخطأ جسيماً (ومن المبادئ العامة في الفقه الاسلامي أن القصاص والضمان لا يجتمعان" [٣٤٧] فلا مجال للتعويض عنه).

وقد قدر الفقه الإسلامي الجزاءات التي فرضها الشارع في العدوان على النفس مثل الديه والأرش المقدر أو غير المقدر وهو ما يطلق عليه بحكومة العدل وفيه معنى التعويض وهو ما تنبه له الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري [٣٤٨]،

٣٤٣- نظرية الضمان - د. وهبه الزحيلي - ص ١٧ .

٣٤٤- الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢-٩٣ .

٣٤٥-مصطفى أحمد الزرقاء-الفعل الضار والضمان فيه-ص ١٨٩ .

٣٤٦- محمد سراج - ضمان العدوان في الفقه الاسلامي - ص ٢٠٢ وما بعدها .

٣٤٧- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي في الاسلام ص ٧٩ .

٣٤٨-عبد الرازق السنهوري - مصادر الحق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنه بالقانون الغربي-طبع المجمع العلمي العربي الإسلامي - بيروت ١٣٩٢هـ - جـ٢ ص ١٩٢.

وإن كان قد إعتبر حكومة العدل أى (تقدير التعويض بمعرفة القاضي) هو الأصل في إقامة المسئولية المدنية ووجوب التعويض لجبر الضرر مع أن الأرش المقدر كما في الشجاج هو تعويض ونوع من أنواع العقاب أو الجزاء أيضاً، حيث يمكن القول بأن الضمان الواجب في الفقه الإسلامي يشمل أربعة أنواع من الضرر[٣٤٩]:

الأول: الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية وما دونها

الثاني: تكاليف العلاج والمتطبب والدواء .

الثالث: الألم الناشئ عن الجناية، عند بعض فقهاء الحنفية .

الرابع: المنفعة الفائتة للمجني عليه من مرضه إلى حين شفائه .

كل هذه الأضرار المادية والأدبية إذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان في العرف الحاضر، إلا أن جمهور فقهاء المسلمين إقتصروا في تعويض الأضرار على النواحي المادية دون المعنوية، فإنهم إكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها، كحد القذف ثمانين جلدة الثابت بالقرآن الكريم ، أو التعزير أي العقوبة غير المقدرة المفوضة إلى القاضي وذلك في كل معصية أو جناية لاحد فيها[٣٥٠]، ومع هذا فقد قرر أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة أنه يجب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني ، فقال محمد : تجب حكومة عدل أي التعويض المقرر بمعرفة القاضي على الجاني بقدر مالحق المضرور أو المجروح من الألم وقال أبو يوسف : للمجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء[٣٥١]، وأما تعويض الضرر لضياع المصلحة فهو ما لم ينص فقهاؤنا عليه إلا

٣٤٩- د. محمد سراج -ضمان العدوان في الفقه الاسلامي- ص ٢٠٤ وما بعدها .

٣٥٠- الحد : عقوبة مقدرة شرعاً وجبت حقاً لله مثل حد السرقة وحد الزنا والقذف وشرب المسكر والمحاربة .

٣٥١- المبسوط للسرخسي : ٢٦ ص ٨١ الدر المختار : ٥ ص ٤١٥ مجمع الضمانات ص ١٧١ النظرية العامة للموجبات : ص ١٥٤ ، ١٧١ .

أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل الضار بسبب تقصير أو إهمال أو عدم إحتراز إستناداً لقاعدة لاضرر ولاضرار وقاعدة الضرر يزال [٣٥٢].

٣٥٢- الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢، ص ٩٣ وكذلك الأشباه والنظائر لإبن نجيم ص ٨٥-٨٧ .

الفرع الثالث

الرابطة بين التعدي والضرر (الإفضاء).

ومقصودنا هنا بهذه الرابطة : أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه، إذا انتفت الموانع، وهو ما إصطلح على تسميته لدى فقهاء الإسلام بالأفضاء [٣٥٣].

ولقد سبق تعريف الافضاء عند تناول مسؤلية الطبيب الجنائية - إلا أن ذلك لن يحول دون إستعراض بعض الاحكام الهامة للمباشرة والتسبب وبعض الامثلة التوضيحية لهما .

المباشرة والتسبب :

عرف الفقهاء الأقدمون والمحدثون معنى المباشرة والتسبب وقرروا أنه لا ضمان في غير المباشرة والتسبب، يقول الإمام الغزالي (وحد المباشرة إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والأحراق، وحد السبب إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى)[٣٥٤] ويقول إبن عابدين(أن الأصل أن المتسبب ضامن إذا كان متعدياً وإلا لايضمنه والمباشر يضمن مطلقاً، كما يظهر من الفروع)[٣٥٥].

وعند الحنابلة مانصه (يجب الضمان بالتسبب كما يجب بالمباشرة فإذا ألقى إنساناً على أفعى أو ألقاها عليه فقتلته فعليه ضمانه لأنه تلف بعدوانه فأشبه مالوجنى عليه)[٣٥٦]

٣٥٣- د. محمد فوز فيض الله - نظرية الضمان - ص ٩٦ .

٣٥٤- أبي حامد الغزالي-الوجيز-مطبعة الأداب والمؤيد-القاهرة ١٣١٧هـ- جـ١ ص ٢٠٥ - جـ٢ ص ٤٨، وكذلك السيد رضوان - العلاقة بين الطبيب والمريض - ص ٣٧٣ ومابعدها.

٣٥٥- ابن عابدين- رد المحتار على الدر المختار- جـ٥ ص ٥٩٢.

٣٥٦- شمس الدين أبي الفرج بن قدامة المقدسي- الشرح الكبير على المقنع-دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢ جـ٩ ص ٤٨٥.

وإذا وجد التسبب وحده قامت مسئولية المتسبب بشروط هي :

١- أن يحدث تعد من فاعل السبب.

٢- أن يقع الضرر بتعمد المتسبب.

٣- أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً دون تدخل سبب أخر حسب العادة[٣٥٧] والفقهاء المسلمون يقررون أنه لابد لقيام المسئولية أن يكون الضرر مرتبطاً بالفعل إرتباط النتيجة بالسبب، ويسأل الشخص شرعاً عن الأضرار المباشرة التي يلحقها بغيره وكذلك عن الأضرار التي يكون متسبباً في إحداثها مباشرة، والأصل العام هو مسئولية المباشر ولكن قد ينفرد المتسبب بالضمان، وقد يترك مع المباشر ولا مسئولية في غير المباشرة والتسبب[٣٥٨].

والطبيب إما أن يكون مباشراً أو متسبباً فإذا باشر العلاج بيده أو أطعم طفلاً بيده أو أجرى عمليه جراحية لمريض فلا إشكال في كون الفعل منسوباً إليه وكونه مسئولاً عنه. أما إذا لم يباشر المعالجة بيده كأن يكتفي بوصف دواء للمريض ويقوم المريض بشراء الدواء وعلاج نفسه بيده، فإن الطبيب في هذه الحالة متسبباً، لأن المريض مختار في شراء العلاج وفي طريقة إستخدامه ، إلا أن الطبيب مسئول أيضاً عن نتائج هذا العمل وإن لم يباشره بيده ، لأن العرف قد جرى على أن المريض ينفذ تعليمات الطبيب ولا يناقش صحتها لأنه غير متخصص في علم الطب وأهل الفن والصناعة أدرى من غيرهم، ولذلك يقول إبن القيم (الطبيب الحاذق الماهر بصناعته إجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ في إجتهاده فقتله، فهذا يُخَرج على روايتين إحداهما أن دية المريض في بيت المال والثانية أنها على عاقلة الطبيب، وقد

٣٥٧- خالد الأتاسي-شرح مجلة الاحكام العدلية-للشيخ- جـ٣ص٤٦٤، وكذلك د.وهبة الزحيلي- نظرية الضمان ص٢٧.

٣٥٨- صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات- جـ١ ص ١٨٠.

نص عليها الأمام أحمد في خطأ الأمام والحاكم)[٣٥٩] فقوله (فوصف للمريض دواءً) يدل على أن الطبيب لم يباشر المعالجة بنفسه ومع ذلك فهو ضامن.

ومن الأمثلة على مسئولية الطبيب عن طريق التسبب كتابة الطبيب للتذكرة الطبية بخط غير واضح، فقد حرر طبيب تذكرة مريض تتضمن دواءً ساماً بمقدار ٢٥ نقطة في الزجاجة، ولم يكتب كلمة نقطة بشكل واضح بل كتب بعض حروفها فأختلط الأمر لدى مساعد الصيدلي مع كلمة غرام فركب الدواء على ما فهمه مما ترتب عليه وفاة المريض[٣٦٠] ولاشك أن ما يصدر عن الطبيب من ترك مواساة المريض وإسعافه يعتبر موجباً للمسئولية، وقد سبقت الإشارة في معرض الحديث عن المسئولية الجنائية للطبيب مارواه الأمام أحمد وغيره (أن رجلاً أتى أهل بيت فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر ديته). وهذا النص مثال للتسبب بطريق الأمتناع عن معونة واجبة[٣٦١].

ويرى فقهاء المالكية أن الترك موجب للمسئولية كالفعل مباشرة أو تسبباً[٣٦٢] وهو الرأي عند الحنابلة غير أنهم لا يوجبون القصاص فيه[٣٦٣] أما الشافعية فإنهم لا يوجبون التضمين بالترك لأن التارك لم يحدث فعلاً مهلكاً يضمن بسببه[٣٦٤] .

٣٥٩- الطب النبوي - دار مكتبة الحياة - بيروت١٤٠٧، ص ١٣٧.

٣٦٠- د. إسامة عبد الله قايد - المسئولية الجنائية للأطباء - ص٢٦١.

٣٦١- الشيخ مصطفى بن أحمد الزرقا - الفعل الضار والضمان فيه- ص ٤٤.

٣٦٢- مواهب الجليل جـ٣ ص٢٢٥

٣٦٣- كشاف القناع جـ٦ ص ١٠.

٣٦٤- مغني المحتاج جـ٤ ص ٣٠٩.

المطلب الثاني
أركان مسئولية الطبيب المدنية
في النظم الوضعية

تمهيد

إستقر رأي شراح القانون في مصر وفي سوريا على أن هذه المسئولية تقوم على قاعدة عامة تقضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض وقد سار التشريع في كل منهما على أنه لا يورد تطبيقات تفصيلية للخطأ بل إقتصر على وضع قاعدة عامة[٣٦٥].

ومن ذلك يتضح أن المسئولية المدنية للطبيب تقوم على أركان ثلاثة هي :

أولاً : الخطا أو الإهمال

ثانياً : الضرر

ثالثاً : علاقة السببية أو بمعنى آخر الرابطة المباشرة بين الخطأ وبين الضرر.

وسنورد فيما يلي أحكاماً تفصيلية لكل ركن من الأركان الثلاثة:

٣٦٥- د. السنهوري - الوسيط - ص ٨١٢ ، وكذلك عبد المعم حسني-والموجز في النظرية العامة للالتزام- طبعة١٩٩١م ص٧٦.

الفرع الاول
الخطأ الطبي

من المتفق عليه أن يؤآخذ الطبيب بإهماله الذي ينشأ عنه جرح أو موت وتبدو الصعوبة فيما يعد خطأ من الطبيب يؤاخذ بنتائجه، إذ أن للطبيب حرية تقدير وسيلة العلاج وأساليبه في حدود القواعد الطبية المقررة بين جمهور الأطباء[٣٦٦]،وذهب بعض شراح القانون إلى وجوب التمييز في مزاولة المهنة بين الخطأ العادي والخطأ المهني، فالخطأ العادي هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولة مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة، كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران وسوف نعرض هنا لتعريف الخطأ ومعياره في الأنظمة الوضعية، لتتضح لنا معالم هذا العنصر، وذلك وفقاً لما يلي:-

أ- تعريف الخطأ:

من الموضوعات التي كانت محلاً لخلاف شراح القوانين الوضعية تعريف الخطأ، حيث مال البعض إلى تعريفه بالنظر إلى جسامة الفعل وبعضهم بالنظر إلى جسامة العقوبة، وإن كان التعريف الأقرب إلى الصواب هو ماذهب إليه البعض بقولهم أن الخطأ هو إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان في إستطاعته ذلك وكان واجباً عليه[٣٦٧].

وإذ كان هذا هو تعريف الخطأ في النظم العقابية أو الجزائية فمن الناحية المدنية لايضع القانون المدني المصري على سبيل المثال تعريفاً للخطأ، وإن كان

٣٦٦- د. السعيد مصطفى - الاحكام العامة في قانون العقوبات طبعه ١٩٥٢ ص١٦٦ مصر.

٣٦٧- محمود نجيب حسني القسم العام في قانون العقوبات، ص ٦٦٤ رقم (٧٠٢).

القضاء والفقه لايفرقان بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي[٣٦٨] وإلى هذا المعنى ذهب القضاء في بعض أحكامه في مصر، حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها في هذا الشأن عام ١٩٢٩ بأن الخطأ الذي يستوجب المساءلة الجنائية لايختلف في أي عنصر من عناصره عن الخطأ الذي يستوجب المساءلة المدنية وعلى ذلك فإن الخطأ مهما كان يسيراً يكفي لتحقق المسئولية ومتى كان الأمر كذلك فإن براءة المتهم في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى يستلزم حتما رفض الدعوى المدنية والمؤسسة على هذا الخطأ ويكون لحكم البراءة قوة الشيء المحكوم فيه إذا مارفع النزاع المدني بعد ذلك أمام المحاكم المدنية[٣٦٩] .

ب- تحديد معيار الخطأ.

ومن الأمور التي كانت محلاً للخلاف أيضاً بين شراح القانون تحديد معيار الخطأ الذي يحرك مسئولية الطبيب، حيث ذهب فريق إلى الأخذ بفكرة الخطأ الجسيم وإلى هذا الرأي كان إتجاه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر قديماً حيث كان الرأي عندهم أن القضاء ليس له التدخل في الأراء الطبية أو العلاجات الموصوفة ولكن لهم تقرير مساءلة الأطباء عن أخطائهم الجسيمة التي ترجع من الناحية الجنائية والمدنية إلى إهمالهم الجسيم أورعونتهم أو قصورهم الذي لايغتفر،[٣٧٠] وإلى هذا الرأي ذهبت محكمة النقض المصرية حيث قضت أن المسألة ليست معرفة ما إذا كان العلاج الذي أتبع مناسباً أو غير مناسب وهل يؤدي إلى نفع أو إلى ضرر وهل كان هناك علاج آخر أفضل منه، أما عندما تخرج الوقائع المسندة إلى الطبيب من نطاق

٣٦٨- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني جـ(٢) ص١٠٨٢.

٣٦٩- نقض جـ ١٩٣٩/٢/١٢ مجلة المحاماة مصر س ١٩ رقم ٤٤٣ ص ١١٦- مشار إليه لدى الدكتور نبيل حسني القسم العام ص ٦٦٥.

٣٧٠- د. رءوف عبيد مقال المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة/ مجلة مصر المعاصرة يناير ١٩٦٠ العدد ٢٩٩ د.السهنوري الوسيط في شرح القانون المدني جـ٢ ص ١٢٤٦.

المسائل التي يمكن أن تكون محل بحث ونقاش من الناحية العلمية ويشوبها الأهمال والجهل بالأصول الأولية التي يجب معرفتها عندئذ تقوم المسئولية، وفقاً للقواعد العامة وتختص المحاكم بنظرها. ومن ثم فإنه يمكن القول أن القضاء في أول الأمر إعتنق مبدأ عدم مسئولية الطبيب عن خطئه اليسير ومساءلته عن خطئه الجسيم، وفي مجال إظهار الفرق بين الخطأ المهني والخطأ المادي تقوم مسئولية الطبيب عن الخطأ المهني الجسيم دون اليسير وإثبات الخطأ المادي يخضع للقواعد العامة في المسئولية. وحكم القضاء في مصر بأن مسئولية الطبيب لها وجهان آحدهما متعلق بصناعته وهو مايعبر عنه بالخطأ المهني والثاني ليس متعلقاً بذلك ولاشأن له بالفن في ذاته، فخطأ المهنة لايسلم به إلا في حالة الجهل الفاضح وما اليها إذ الطبيب أحوج الناس لأن تتوافر فيه الثقة وأن يتمتع بالإستقلال في عمله من جهة إختياره الطريقة الفنية التي يرى أنها أصلح من غيرها في معالجة مريضه وأما الثاني فلا يخضع لسلطان التقدير الفني والطبي والجدل العلمي لأنه خطأ مادي يقع فيه الطبيب فهو مسئول عنه وهذا النوع من الخطأ يقع تحت طائلة المسئولية العامة شأن الطبيب فيها شأن أي شخص آخر[٣٧١].

إلا أن الإتجاه الحديث في الفقه والقضاء يرفض التسليم بقيام المسئولية عن الخطأ الجسيم وحده دون الخطأ اليسير على أساس أن قواعد المسئولية جاءت عامة دون تفرقة بين خطأ فني وآخر غير فني، كما وأنها لم تفرق بين خطأ الطبيب وخطأ غيره ولقد إستقر الرأي حديثاً على قيام مسئولية الطبيب عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه اليقين ولايثبت الخطأ في الحقيقة إلا إذا خالف الطبيب أحد الأصول أو المبادئ المستقرة في علم الطب سواء كان ذلك الخطأ فنياً أو عادياً جسيماً او

٣٧١- نقض ١٨/٦/١٨٣٥ ص (٤٠١) - جنائي مصري .

محكمة الجيزة الجزائية. مصر ٢٦/١/١٩٣٥- مجلة المحاماة س ١٥ عدد ٦ رقم ٢٦١ ص ٤٧١.

د. محمود نجيب حسني القسم العام رقم ٧٢٢ ص ٧٨٦ - د. رمسيس بهنام القسم العام ص ٩٥٦.

يسيراً[٣٧٢]، ولقد أغفلت محكمة النقض المصرية في أحكامها تحديد الخطأ بأنه خطأ جسيم من عدمه في تقريرها لمسئولية الاطباء حيث قضت في حكم لها في حالة طبيب غير متخصص في أمراض النساء والولادة أجرى لأحدى السيدات عملية كحت لوجود نزيف لديها فمزق جدار الرحم وتدلى من ثقب جدار الرحم جزء من الأمعاء الدقيقه ثم نقلها إلى المستشفى واستدعت حالتها بتر الرحم والجزء المدلى من الأمعاء بعد أن تعفن وقد جاء تقرير الطبيب الشرعي أن ماحدث للمريضة كان نتيجة قلة خبرة الطبيب المعالج وأنه يعتبر خطأ في جانبه يسأل عنه وإن كان لايرقى إلى مرتبة الخطأ المهنى الجسيم[٣٧٣].

٣٧٢- مجموعة أحكام النقض المصرية س ١٤ رقم ٩٩ ص ٥٠٦ نقض ١٩٦٣/٦/١١ .

٣٧٣- د. الاستاذ/ مصطفى مرعي / المسئولية المدنية للأطباء والجراحين مجلة القانون والإقتصاد-مصر-س ١٢ ص ٤٠٢.

الفرع الثاني
الضرر الطبي

إستقى القانون الوضعي في مصر وسوريا ذات الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية في شأن الضرر، ويقصد بالضرر بصفة عامة - المساس بمصلحة المضرور، بحيث يصير المضرور في وضع أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ، والضرر قد يكون مادياً أي ماساً بمصلحة مادية، وقد يكون أدبيا أي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته، ويشترط للتعويض عن الضرر أن يكون هناك إخلال بمصلحة محققة للمضرور، فالضرر غير المحقق لايتم التعويض عنه وإنما يتعين أن يكون محقق الوقوع ولو كان مستقبلاً مثل تفويت فرصة كسب واضحة نتيجة الإصابة أو الوفاة"[٣٧٤].

ويجدر ملاحظة أن التعويض عن الضرر الأدبي قاصر على المضرور نفسه، ولا يمكن تصور إنتقاله إلى ورثته إلا إذا كان المورث قد رفع به دعوى للمطالبة بالتعويض عنه ثم مات قبل الحكم في الدعوى فإن التعويض يصبح من حق الورثة، وقد قضت محكمة النقض في مصر أن الضرر الأدبي الذي أصاب ذوي المتوفى لا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج والأقارب إلي الدرجة الثانية"[٣٧٥] وبديهي أن الضرر المادي يكون لأقارب المتوفى الحق في التعويض عنه إن توافرت شروطه، وقضت محكمة النقض في مصر أنه إذا أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر فلابد من توفر هذا الحق لهذا الغير لكي يعتبر الإخلال به

٣٧٤- الوسيط د. السنهوري ص ١١٩٦.

٣٧٥- مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنيه حكم في ٤/١١/١٩٧٥م ص ١٣٥٩- د.السنهودي - الوسيط، ص ١١٩٦.

ضرراً أصابه. فالعبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة لوفاة آخر (أو عجزه) هو أن يثبت أن المجني عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته (أو عجزه) على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الإستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة فيقدر القاضي ماضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضي له بتعويض على هذا الأساس [٣٧٦]. والضرر الأدبي يقع عند المساس بسلامة جسم المريض أو عجزه نتيجة خطأ الطبيب أو المستشفى، ويتضح في الألآم الجسمانية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها نتيجة لذلك وإذا مات المريض فإن الضرر الأدبي قد يلحق بأقاربة الأقربين كالوالدين وأولاده وزوجته بسبب ما يصيبهم في عواطفهم وشعورهم من جراء الوفاة، ويختلف الضرر الأدبي من شخص إلى آخر ، فالشاب ليس كالمسن، والفتاة ليست كالولد، والأمر يقدر على ضوء ما يتركه الضرر من آثار مع إعتبار عمل المريض أو المصاب أو مهنته أو ظروفه الأجتماعية إلى غير ذلك من إعتبارات.

٣٧٦- مجموعة أحكام النقض المصرية الدائرة المدنية حكم في ١٩٧٦/٣/١٥م مشار إليه لدى د. السنهوري - الوسيط- ص ٨٧٣.

الفرع الثالث
رابطة السببية

علاقة السببية بين الخطأ والضرر معناها وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي إرتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور وهذه العلاقة أو الرابطة ركن مستقل عن ركن الخطأ، إذ قد يوجد الخطأ ولا توجد علاقة السببية ، ومثال ذلك إذ دس شخص لآخر مادة سامة في طعامه وبعد أن تناول الطعام وقبل أن يسري السم في دمه حضر شخص ثالث وصوب مسدسه على المضرور فأرداه قتيلاً . ففي هذا المثال دس السم خطأ والضرر هو موت المصاب ولكن لا توجد علاقة سببية بين الوفاة وبين الخطأ وهو دس السم. وفي مثال آخر شخص يقود سيارة دون رخصة ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابه بخطأ يقع من هذا المصاب، فهنا خطأ قيادة السيارة دون رخصة وضرر وهو إصابة أحد المارة ولكن الخطأ ليس السبب في الضرر ومن ثم وجد الخطأ ولم توجد علاقة السببية [٣٧٧] ويتضح مما تقدم، أنه في مجال المسئولية الطبية فإن مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب لا يكفي لقيام المسئولية بل يجب لتوافرها، توافر علاقة السببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر فإذا لم تتوافر هذه العلاقة إنتفت المسئولية الطبيه [٣٧٨]، ونظراً لتعقد الجسم الإنساني وتشعب خصائصه وظروفه وحالاته وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة، فإن إثبات علاقة السببية في المجال الطبي هو أمر من الصعوبة بمكان، لا يقرره ولا يحدده إلا ذوي الخبرة الوفيرة في هذا المجال، ومن الأمثلة الشهيره في هذا الخصوص ما قضت به إحدى

٣٧٧- د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الالتزام - ١٩٥٢م ص ٨٧٣ .

٣٧٨- بسام محتسب بالله - المسئولية الطبيه المدنية الجزائيه - ص ٢٥٥ وما بعدها.

المحاكم في مصر (محكمة مصر الكلية) من أن طبيب المدرسة كشف على أحد الطلبة للنظر في إعفائه من الألعاب الرياضية فقرر أن قلبه سليم ولاداعي لإعفائه، وبينما كان الطالب يقوم بالتمرينات الرياضية سقط مغشياً عليه وتوفى وقدر الطبيب الشرعي بعد تشريح الجثة أن الطالب كان عنده إستعداد للوفاة الفجائية من الحالة اللمفاوية التي إصطحبت بثقل بيضاوي في القلب، وأنه من الجائز أن تكون الوفاة حدثت من هذه الحالة المرضية فقط دون أن يكون للتمرينات البدنية دخل في حدوثها، وقضت المحكمة بناء على هذا التقرير بإعفاء الطبيب من المسئولية [٣٧٩].

إنعدام السببية:

تنتفي رابطة السببية بين الخطأ والضرر إذا توافر سبب أجنبي ترتب عليه حدوث الضرر كما إذا وقع حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو وقع خطأ من المريض ذاته أو خطأ من الغير. والحادث المفاجئ أو لقوة القاهرة يشترط فيهما عدم إمكان توقعهما وإستحالة دفعهما وبذلك تنتفي المسئولية ومثال ذلك وفاة المريض بالقلب على إثر رعد مفاجئ أو وقوع زلزال .

كذلك الأمر إذا وقع خطأ من المريض وكان وحده هو السبب في الضرر فإن ذلك ينفي علاقة السببية، أما إذا كان هذا الخطأ قد ساهم فقط بالإشتراك مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر فإن كلاً من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر إذ لولاه لما وقع هذا الضرر، ولما كان كل من مرتكب الخطأ والمضرور مسئولاً بقدر ما أحدث من ضرر، كان كل من مرتكب الخطأ والمضرور مسئولاً بقدر ما أحدث من ضرر، وكان خطأ كل منهما سبباً لوقوع الضرر كله فإن المسئولية تكون بالتساوي بينهما. أما إذا كان خطأ المريض قد إستغرق خطأ الطبيب بأن تناول دواءً أو عقاراً حرمه

٣٧٩- د. محمد حسين منصور - المسئولية الطبية - ص ١١٨ .

عليه الطبيب بصفة قاطعة وصريحة فإن فشل العلاج بعد ذلك يرجع إلى خطأ المريض وحده .

وفي تبيان أثر خطأ الغير فقد قضت محكمة النقض في فرنسا أن الضرر الناشئ عن إنفجار آله كهربائية يستعملها الطبيب ، بدون إهمال أو خطأ منه ينفي مسئولية الطبيب ويسأل المستشفى عن ذلك .[٣٨٠]

وبصفة عامة فإ الخطأ المشترك الذي أشرنا إليه من قبل إستقر قضاء محكمة النقض المصرية على الأخذ بنظرية السبب المنتج وليس بنظرية تعادل الأسباب فإذا فرض أن المضرور في حادث كان لديه إستعداد من قبل للمرض الذي أصابه بسبب هذا الحادث فيكفي أن يكون الحادث هو السبب الذي حرك هذا الإستعداد حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض [٣٨١].

٣٨٠- د. محمد حسين منصور المسئولية الطبية ص ١٢٢ .

٣٨١- د. محمد حسين منصور- المسئولية الطبية .ص ١٢٢ .

المبحث الثالث
مصدر مسئولية الطبيب المدنية

تمهيد

تتداخل الإلتزامات التي يلتزم بها الطبيب في مواجهة مريضه سواءً كان مصدرها إتفاق الطبيب والمريض أو الحماية التي يفرضها الشرع أو القانون للعامة والتي من قواعدها عدم جواز الإضرار بالغير خصوصاً وأن هذه الحماية والرعاية تبقى بنفس القوة والأهمية وإن كان العقد بين الطبيب والمريض موجوداً وقائماً.

والتفرقه بين إلتزامات سواءً كانت عقدية أو شرعية (قانونية) لها أهميتها خاصة فيما يتعلق بمسئولية الطبيب، لذلك سوف نعرض في هذا المبحث لمصدر مسئولية الطبيب المدنية في الشريعة الإسلامية في مطلب أول، ثم نحدد مصدر مسئولية الطبيب المدنية في النظم الوضعية في مطلب ثاني.

المطلب الاول
مصدر المسئولية المدنية
عن خطأ الطبيب في الشريعة الإسلامية

المحافظة على النفس امر شرعي يترتب على مخالفته عقوبات دنيوية وأخروية ومن مقتضيات المحافظة عليها، حمايتها من المخاطر في شتى أنواعها، سواء كانت هذه المخاطر بفعل الإنسان الإيجابي كالتعدي عليها أو عدم العناية بها وإهمالها.

والطبيب في قيامه بفعل المداواة والتطبيب يجب أن يكون حريصاً على بذل أقصى ماعنده لشفاء المريض ويجب عليه الضمان أن تعمد إحداث الضرر بالمريض أو إرتكاب الفعل على خلاف ما تقضي به الأصول الطبية المتعارف عليها ومن ثم يمكن القول أن مصادر المسئولية المدنية عن أفعال الطبيب هى:-

١- **ماترجع إلى إرادة الطرفين** والمتمثلة في العقد الذي قد يكون قائماً بين المريض والطبيب، وكما هو معروف أن العقد شريعة المتعاقدين، لايجوز نقضه أو تعديلة أو إلغائه إلا بناء على إتفاق الطرفين أو بناء على نص نظامي، ويمكن أن نطلق على هذا المصدر لفظ الإتفاق أو العقد.

٢- مايرجع إلى الشرع المتمثل في الكتاب والسنة وإقوال العلماء.

أ- أما الكتاب:-

فقد سبق أن إستعرضنا في الفصل الثاني حفظ النفس في الشريعة الإسلامية

وإتضح لنا مدى الرعاية التي أولتها الشريعة للنفس والمحافظة عليها وقواعد الشرع تحرم الإعتداء على النفس ومقاصد الشريعة قائمة على التوازن في حفظ الحقوق والمصالح، وفي ذلك يقول تعالى ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطئا ومن قتل مؤمناً خطئاً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقا ﴾ [٣٨٢].

وهذا الحكم يدل على حرمة النفس وحقها عند الله وتكريمه لها ونهيه عن التعدي عليها وفيه حفظ لحق المعتدى عليه (المضرور).

ب- السنة :-

وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن تصدي الجهال للتطبيب وفي هذا يقول ﷺ: (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[٣٨٣] راوه ابوداود والنسائي.

وهذا الحديث يدل بلفظه وفحواه على انه لايحل لأحد أن يتعاطى صناعة من الصناعات وهو لا يحسنها سواء كان طباً أو غيره وبمفهوم المخالفة للمعنى الوارد في هذا الحديث فإن الطبيب الحاذق ونحوه إذا باشر ولم تجن يده وترتب على ذلك تلف فليس بضامن[٣٨٤].

٣٨٢- النساء الآية ٩٢.

٣٨٣- سنن أبي داود جـ ٤ ص ١٩٥، زاد المعاد لابن القيم جـ٤ ص ١٣٥.

٣٨٤- د.عبد الرحمن النفيسه - بحث في مسئولية الاطباء -مجلة البحوث الفقهية المعاصرة- العدد (٣)ص ١٨٥.

٣-أقوال الفقهاء.

رتب الفقهاء على قصد الطبيب وأذن المريض نتائج مهمة مفرقين في ذلك بين العمد والخطأ اذا كان القائم على العلاج طبيباً أما إذا كان جاهلاً فإن الفقهاء أجازوا الحجر على الطبيب الجاهل حرصاً على أرواح الناس وهذا الحكم مبني على القاعدة المشهورة " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "[٣٨٥] ، ولقد قالوا في الطبيب الجاهل الذي أقدم على تعاطي علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة فقدهجم بجهله على إتلاف النفس وأقدم على مالم يعلمه فيكون قد غرر بالعليل فيلزمه الضمان لذلك وهذا إجماع من أهل العلم "[٣٨٦]، قال الخطابي" لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً والمتعاطي علماً أو عملاً لايعرفه متعد فإذا تولد من فعله التلف ضمن الديه وسقط عنه القود لانه لا يستبد بذلك بدون أذن المريض وجناية المتطبب - في قول عامة الفقهاء - على عاقلته"[٣٨٧] وقد قسم ابن قيم الجوزية هذه الجنايات إلى خسمة أقسام :

الأول: الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده فتولد عن فعله المأذون فيه من جهة الشرع ومن جهة من يطبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لاضمان عليه إتفاقاً.

الثاني: متطبب جاهل باشرت يده من يطبه فتلف به، هذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له في طبه لم يضمن وإن ظن المريض أنه طبيب

٣٨٥- الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦.

٣٨٦- زاد المعاد لابن القيم ج.٤ ص ١٣٩، الطب النبوي لابن القيم ص ١٠٩.

٣٨٧- زاد الميعاد لابن القيم ج٤ ص ١٣٩.

وأذن له في طبه لأجل مؤقت ضمن ماجنت يداه.

الثالث: طبيب حاذق أذن له وأعطى الصنعة حقها ولكن أخطأت يداه وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه فهذا يضمن لأنها جناية خطأ.

الرابع: الطبيب الحاذق الماهر لصناعته إذ إجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ في اجتهاده فقتله، فهذا يجري على رواتين إحدهما أن ديه المريض في بيت المال والثانية أنها على عاقلة الطبيب وقد نص عليها الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم[٣٨٨]

الخامس: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه او إذن وليه أو ختن صبيا بغير إذن وليه فتلف فقال أصحابنا يضمن لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن ويحتمل أنه لا يضمن مطلقاً لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل[٣٨٩] ونحدد في الآتي رأي الفقهاء في نوعي المسئولية عن تعدي الطبيب.

١-المسئولية عن فعل العمد.

وفي ذلك قالوا أن الطبيب إذا أكره المريض على قطع جزء منه فيه آكلة أو سلعه.

فما يترتب على القطع مضمون بالقصاص ولا ينفي هذا المسئولية إلا كون المريض صغيراً والقائم بعلاجه وليه أو وصيه أو الحاكم أو وصيه المتولي عليه لأنه

٣٨٨- زاد المعاد-جـ٤ ، ص ١٤١، والطب النبوي ص ١١١.

٣٨٩- زاد المعاد ج ٤ ص ١٤١، الطب النبوي لابن القيم ص ١١١.

قصد مصلحته[٣٩٠].

وتنطبق هذه القاعدة على فعل الطبيب في عدد من الأفعال الشاذة المعاصرة ومن ذلك حالات القتل لقاء أجر بإستعمال أدوية قاتلة تحت زعم العلاج.

٢- المسئولية عن فعل الخطأ.

والمقصود بالخطأ هنا مالم يقصد الطبيب نتيجته رغم إجتهاده لتلافي حدوثها ونذكر هنا إجتهادات الفقهاء في ذلك:

- وجوب الدية على الخاتن إذا قطع خطأ ووجوب الضمان على الطبيب اذا تعدت يده إلى عضو صحيح فتلف[٣٩١] .
- يترتب الضمان في حال الخطأ في وصف الدواء وفي ذلك يرى صاحب الفتاوى الكبرى أن من كان غير عارف بالطب فتولد الهلاك من دوائه، يلزمه الضمان مستدلاً بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام من تطبب وهو جاهل فهو ضامن.
- وجوب الضمان في حال عدم الأذن غير المصحوب بالإراده ويمكن تصوره في حالة التلاميذ الذين يعالجون في مدارسهم فقد يخطي طبيب المدرسة في علاج أحدهم كعدم قيامه بإختبار الحساسية فتسبب في موته بفعل مادة البنسلين.
- وجوب الضمان على الطبيب إذا كان المريض يظن انه طبيب وأذن له في طبه أما إذا علم المريض أنه جاهل لا علم له وأذن له في طبه لم يضمن[٣٩٢] .

٣٩٠- المغنى لابن قدامه ج (١) ص ٤٩

٣٩١- زاد المعاد ج٤ ص ١٣٩، الطب النبوي لابن القيم ص ١١١.

٣٩٢- زاد المعاد ج٤ ص ١٣٩، الطب النبوي لابن القيم - ص ١٠٩.

- إن الفقه الإسلامي إستقر قديماً على أن العقوبات المالية المقررة كجزاءات مالية عند وقوع الخطأ وهي الدية المحددة شرعاً في مقدارها والإرش بإعتباره نسبة فيها محددة أما حكومة العدل فيرجع فيها إلى القاضي لتقديرها.

واذا كانت الدية واجبة أصلاً مقابل النفس أي إزهاق الروح فهي واجبة أيضاً كاملة في الجناية على ما دون النفس دون عمد على عضو تكمن فيه المماثلة ولا يتعدى[٣٩٣]، ولم يرد في كتب الفقه أي ذكر لقيام التفرقة في مقدار الدية حسب المنزلة الإجتماعية للجاني او المجني عليه أو ثروة أيهما.

ونخلص من ذلك إلى أن فقه الشريعة الإسلامية يؤسس المسئولية المدنية على فكرة موضوعية وليس على الخطأ فالمباشرة وحدها أي مجرد إرتكاب الفعل الضار توجب الضمان والتسبب يستلزم التعدي وفي الإعتداء على حياة الإنسان أوجسمه يقوم الإلتزام بالدية او الإرش أو حكومة العدل أو بالصلح مقابل القصاص في العمد والدية في غير حالات العمد فالشريعة الإسلاميه تنظر إلى مسلك الفاعل أو محدث الضرر بمقياس ذاتي أو شخصي وإنما يقاس الفعل غير المشروع بمقياس موضوعي أو إجتماعي لأن الإضرار بالغير هو في ذاته عمل غير مشروع يوجب التعويض هذه الفكرة الإجتماعية التي يستوجبها الفقه الإسلامي في تأسيس المسئولية تهدف إلى إقرار حق كل فرد في المجتمع في سلامة جسمه وماله، وهو يمارس أثره أيضاً على مدى التعويض، وتهدف إلى حفظ النفس من الإعتداء عليها فيسلم الجميع بذلك.

٣٩٣- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر- محمد ابراهيم الدسوقي-النهضة العربية- مصر- ص ٦٩.

المطلب الثاني
مصدر المسئولية المدنية عن خطأ الطبيب
في النظم الوضعية

قدمنا أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو في الغالب الأعم التزام ببذل عنايه وليس بتحقيق نتيجة أي أن الطبيب يجب عليه العناية بالمريض العناية الكافية وإن يبذل في عمله جهداً صادقاً وأن يصف له العلاج المناسب لشفائه.

وهذا يدعو إلى التساؤل عن مصدر الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هل هو إلتزام عقدي مصدره العقد الذي يقوم بين الطبيب وبين المريض أم هو إلتزام مصدره المسئولية عن الفعل الضار المسئولية التقصيرية.

ولقد اختلف شراح القانون ومن بعدهم رجال القضاء في تحديد مصدر الإلتزام وكل له أسانيده التي يستند عليها في ترجيح رأيه ويمكن تلخيص هذه الأراء جميعاً في الآتي:-

أولاً: المسئولية العقدية.ذهب البعض إلى القول بأن مسئولية الطبيب هي مسئولية عقدية مصدرها الاتفاق بين الطبيب والمريض على أن يبذل الأول قصارى جهده وعنايته لعلاج مريضه، وتظل هذه المسئولية تعاقدية ولو كان العلاج أو كانت الرعاية قد تمت دون مقابل من جانب المريض أي على سبيل الود أو الصداقة [٣٩٤].

٣٩٤- د. عبد الرشيد مأمون -علاقة السببية في المسئولية المدنية - ص ٢٣٢ .

والذين يقولون بهذا الرأي يضيفون إليه أنه إذا كانت الدلائل تنبئ عن إنعدام مثل هذه الرابطة التعاقدية ففي مثل هذة الحالة تكون المسئولية تقصيرية[٣٩٥] مثل قيام الطبيب بإنقاذ جريح على الطريق أو فاقد للوعي أو إذا قامت شركة بالإتفاق مع طبيب أو مستشفى على علاج العاملين لديها وفي هذه الحالة لا يمكن تصور قيام عقد بين العامل المريض وبين الطبيب أو إذا امتنع الطبيب عن إنقاذ مريض بلا مبرر مشروع وفي كل هذه الحالات تكون المسئولية الطبية قائمة على أساس المسئولية عن الفعل غير المشروع أي التقصيرية .

ثانياً: المسئولية التقصيرية يذهب البعض الآخر [٣٩٦] إلى إقامة المسئولية الطبية على أساس المسئولية التقصيرية كمبدأ عام، أما الحالات التي يلجأ فيها المريض إلى طبيب معين عن وعي وإختيار فإن المسئولية تنعقد على أساس العقد ويتجه هذا الرأي إلى أن مسئولية الطبيب في المستشفى العام الذي يلجأ إليه المريض هي مسئولية تقصيرية.

وأرى أن خلطاً هناك قد وقع في مصدر المسئولية الطبية في حالة إنقاذ المريض الغائب عن الوعي في الطريق العام أو في مكان عام، فإنه يمكن القول بأن مصدر هذه المسئولية هو النظام ذاته الذي يلزم الطبيب في الحالات الطارئة العناية بالمصاب وإجراء ما يراه لازماً له من الإسعافات الأولية ومن ثم فإن وقوف الطبيب موقفاً

٣٩٥- د. محمد حسين منصور-المسئولية الطبية- ص ١٣٨-١٣٩.

٣٩٦- د. سليمان مرقس - مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى-مجلة القانون والإقتصاد السنة (٧) العدد(١)، ص ٨٧.

سلبياً في مثل هذه الحالة هو خطأ يرتكبه الطبيب بعدم تنفيذ النص النظامي [٢٩٧]، والتملص من الواجبات التي تفرضها عليه مهنة الطب البشري .

ومن هنا كان تدخل القانون الوضعي في فرض واجب قانوني على الطبيب في مثل هذه الحالات للقضاء على ظاهرة السلبية التي يتسم بها بعض الأفراد وعلى العموم فإن إختلاف الآراء في طبيعة المسئولية الطبية هو في نهاية الأمر إختلاف نظري لا يغير من نوع الألتزام المفروض على الطبيب وهو بذل أقصى ما يمكنه من عناية ويقظه في علاج المريض مع الأخد في الأعتبار عدة أمور، وهي الحالة المرضية للمصاب ومدى تعقيدها ومستوى الطبيب العلمي، فإن الخطأ الذي يرتكبه الممارس العام لا يجوز أن يقع أي طبيب أخصائي فيه كما أن الخطأ الذي يقع فيه الأخصائي لا يمكن التجاوز عنه بالنسبة لخبير طبي أو إستشاري ومن ثم فإن المستوى المهني للطبيب له إعتبار هام في تحديد الخطأ الذي يقع منه وقد عبرت عن نفس المعنى محكمة التمييز الكويتية بقولها: (إن المناط في مسئولية الطبيب عن خطئه العادي أو الفني سواء أكان يسيراً أم جسيماً هو ثبوت الخروج على الأصول العلمية المسلم بها في مجال عمله والتي إستقرت ولم تعد مجالاً للجدل بين أهل التخصص فيه بما يعد من قبيل الجهل أو الاهمال الذي لا يسوغ أن يصدر عن طبيب. وإن الشخص العادي الذي يؤخذ معياراً لهذا الخطأ المهني يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية وفقاً للقواعد المقررة في هذا الخصوص والتي يختلف فيها الطبيب الممارس عن مجرد الأخصائي عن العالم الثقه الذي يقصد في الحالات

٢٩٧- المادة العاشرة من نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان السعودي وهي تماثل المادة (٧) من المرسوم بقانون ٢٥/ ١٩٨١م بدولة الكويت والمادة ٢١ من القانون الأتحادي بدولة الامارات والمادة ٢٤ من القانون المدني الصادر عام ١٩٨٩م في مصر.

المستعصية إذ لكل طائفة من هؤلاء مستواها المهني وتقديرها الفني وأضاف الحكم السابق إنه من المقرر أن مسئولية الطبيب بإعتبار أن إلتزامه لا يعدو أن يكون بذل العناية الفنية اللازمة التي تقتضيها أصول المهنة وليس إلتزاماً بتحقيق غاية، تترتب وبالضرورة على مجرد الخطأ العادي الذي لا يتعلق بهذه الأصول كالأهمال[٣٩٨]. ولقد استقر الفقه والقضاء على أن الطبيب مسئول عن كل خطأ بعد ثبوته يقيناً في حقه سواء كان هذا الخطأ يسيراً أم جسيماً وسواء تعلق بعمله الفني أم بعمله العادي[٣٩٩]فبعد أن يقتنع القاضي بوقوع خطأ من الطبيب سواء كان فنياً أم عادياً يسيراً أم جسيماً فإنه يقضي بمسئوليته عن الضرر الذي تسبب فيه، وباستعراض قوانين كل من الكويت ومصر وسوريا والأردن والبحرين والامارات العربية المنظمة لمزاولة مهنة الطب البشري وطب الاسنان نجد أنها قد خلت من تحديد نطاق مسئولية الطبيب وغيره من أصحاب المهن في هذا الشأن، فالمادة ٢٢٧ من القانون المدني الكويتي تنص على أن (كل خطأ سبب ضراراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض) ومثلها أيضاً المادة ١٦٤ من القانون المدني المصري وكذلك المادة ٢٥٦ من القانون المدني الاردني إلا أنها أضافت عبارة (ولو غير) وأستخدمت كلمة (ضمان) بدلاً من كلمة تعويض فقالت (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بالضمان)أما المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري فتنص على أن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض) وهي في

٣٩٨- مجلة إدارة الفتوى والتشريع ١٩٨٢م ص ١٤٣ حكم محكمة التمييز الكويتية في ١٩٨٠/٦/٤م .

٣٩٩- محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسئولية المدنيه . مجلة الحقوق والشريعة السنة الثالثة، العدد الأول، مارس ١٩٧٨ ص ١١ .

هذا أقرب إلى القانون المصري .

ويتفق شراح القانون والقضاة على أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية ويكفي في هذا الصدد لإثارة مسئولية الطبيب صدور أي خطأ من جانبه ولو يسيراً ما دام هذا الخطأ مؤكداً [٤٠٠].

وقد حدد النظام المصري وكذلك الكويتي معيار تنفيذ المدين لالتزامه فالمادة ٢١١ مدني مصري، والمادة ٢٩٠ مدني كويتي تنصان على أن (المدين يكون قد وفى بإلتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك) وهو ماورد النص عليه في القانون المدني الفرنسي بنص المادة ١١٣٧.

٤٠٠- د. محمد وحيد الدين سوار / النظرية العامة للالتزام - مطبعة رياض / دمشق ١٤٠٢هـ - ١٤٠٣هـ ، جـ ١ ، ف٧٢٦ ، ص ١٠٨ .

المطلب الثالث
مقارنة بين نظرة الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية في نطاق مسئولية الطبيب المدنية

بعد أن إستعرضنا أحكام مسئولية الطبيب المدنية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية يتضح لنا مايلي:-

١- إقتراب فكرة التعدي التي أخذت بها الشريعة من فكرة الخطأ التي جعلتها القوانين الوضعية أساساً للمسئولية وإن كانت فكرة المسئولية الموضوعية في الشريعة الإسلامية أوسع نطاقاً منها في القوانين الوضعية، ففي الأولى أساس المسئولية مجرد مباشرة الفعل الضار دون تقييد هذا الفعل بشروط آخرى أما في الثانية وإن كان أساس المسئولية هو مباشرة الفعل الضار إلا أنه مقيد بأن يكون من شأنه أن يحدث الضرر أو بأنه نافع لمن يباشره، وهدف الشريعة الإسلامية من توسيع نطاق المسئولية الموضوعية هو إقرار حق كل فرد في المجتمع في سلامة جسمه وماله[٤٠١].

٢- يلتقي شراح القوانين الوضعية مع فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد نطاق مسئولية الطبيب عن فعله الشخصي سواء في التشخيص أو العلاج وما أورده الإمام ابن القيم في هذا الصدد برهان ساطع على سبق علماء الإسلام في بحث

٤٠١- د. هلال فرغلي هلال-النظام الإسلامي في تعويض المضرور من الجريمة- دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية- ١٤١٠هـ الرياض ص ١٦٤.

هذه الأمور التي حاول فقهاء القانون بحثها لتحديد نطاق مسئولية الطبيب[٤٠٢].

٣- مسئولية الطبيب عن أعمال تابعيه: المبدأ العام في الشريعة الإسلامية هو مسئولية الشخص عن تصرفاته تجاه الغير تحقيقاً لمبدأ العدالة ودفعاً للضرر عن المتضرر فإن المتسبب إذا صدر منه مايوجب مسئوليته كالتقصير أو الإغراء أو الأمر ونحو ذلك فإنه مطالب بالتعويض.

أما القانونيون فقد أقاموا مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه إذا وجدت رابطة التبعية وهي أن يكون للمتبوع على تابعه سلطة فعلية تخوله الحق في رقابته وتوجيهه فالصيدلي والممرض ومساعد الطبيب والخدم ومن في حكمهم يخضعون لتوجيه الطبيب وإشرافه[٤٠٣].

والفرق بين نظرة الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية هنا أن الطبيب وفقاً للشريعة الإسلامية لايسأل عن عمل غيره إلا إذا صدر منه تقصير أو خطأ وذلك على أساس قاعدة التسبب والمباشرة في الأعمال.

أما في النظرة القانونية فإنه يسأل عن أعمال تابعية وإن لم يكن له يد في إحداث ذلك الضرر، فالمسئولية هنا مفترضة. لايجوز للمتبوع التخلص منها بإعتباره كفيلاً للتابع[٤٠٤].

٤- يتفق الفقه والقانون في أن أساس قيام المسئولية العقدية هو ثبوت الإخلال بالعقد والإلتزام هنا نوعان إلتزام بتحقق غاية معينة هي محل الإلتزام وإلتزام

٤٠٢- السيد رضوان جمعه-العلاقة بين الطبيب والمريض- ص ٤٧٩.

٤٠٣- وهبه الزحيلي -نظرية الضمان - ص ٢٥٥.

٤٠٤- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط جـ١، ص١٠١٤، ومابعدها وكذلك ص١٠٤٠ ومابعدها.

ببذل عناية والعناية المطلوبة بشكل عام هي عناية الشخص المعتاد والخطأ في حالة الإلتزام بتحقيق غاية هو عدم تحقق النتيجة المبتغاه مهما كان السبب ولو قوة قاهرة لأنه يلاحظ أن الفقه الإسلامي لايقرر مسئولية المدين عن السبب الأجنبي إلا إذا كان العقد عقد ضمان كعقد الإعارة والرهن.

وإنما يسأل عن فعله الصادر عنه عمداً أو إهمالاً، أما القانونيون فيمنعون المسئولية عن السبب الأجنبي، لعدم توافر أركان المسئولية العقدية[٤٠٥]

٤٠٥- وهبه الزحيلي-نظرية الضمان ص٢٤٨.

المبحث الرابع
مسئولية الطبيب المدنية في ضوء النظام السعودي

لقد خصص نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان السعودي الفرع الأول من الفصل الثالث منه لتنظيم مسئولية الطبيب المدنية حيث حددت المادة السابعة والعشرون طبيعة التزام الطبيب وأكدت المادة الثامنة والعشرون على مسئولية الطبيب المدنية عن أي خطأ مهني يصدر عنه أو عن أحد مساعديه ويترتب عليه ضرر للمريض وأوردت بعض الصور على سبيل المثال وليس الحصر للأخطاء المهنية الموجبة لمسئولية الطبيب المدنية أما القانون الكويتي والمصري والسوري والأردني فلم يرد فيها نص خاص بمسئولية الطبيب المدنية. وإنما يسأل الطبيب كغيره عما يصدر عنه من خطأ يترتب عليه ضرر للغير لذلك سوف أستعرض هذا الموضوع في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

طبيعة إلتزام الطبيب في النظام السعودي .

المطلب الثاني :

الأخطاء المهنية الموجبة لمسئولية الطبيب المدنية في النظام السعودي .

المطلب الثالث :

أمثلة وتطبيقات قضائية معاصرة لبعض الأخطاء الموجبة لمسئولية الطبيب المدنية في كل من - الكويت - مصر - الأردن - سوريا - فرنسا.

المطلب الأول
طبيعة إلتزام الطبيب في النظام السعودي

الطبيب يؤدي واجبه ويبذل لمريضه جهوده الصادقة المتفقة مع الأصول العلمية المقررة ، وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها فيمن ينتسب إلى مهنتهم فيكون غير مسئول عن النتيجة التي وصل إليها حال المريض، ذلك لأن مسألة الشفاء مسألة في علم الله لا يملك الإنسان الإلتزام بها لأن ذلك التزام بمستحيل ولهذا فالتزام الطبيب هو إلتزام ببذل العناية واليقظة الصادقة وهذا ما أكدته المادة السابعة والعشرون من النظام. حيث تنص على أن (إلتزام الطبيب ومساعديه الخاضعين لأحكام هذا النظام هو إلتزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتفق عليها) فليس من النظام إلتزامه بتحقيق الشفاء للمريض لأن الشافي هو الله ولكن إلتزامه هو ببذل عناية يقظة وفقاً للأصول العلمية المتعارف عليها في فن الطب. وفي هذا يتفق النظام السعودي تماماً مع فقه الشريعة الإسلامية ومع القوانين الوضعية الأخرى ذلك لأن الطبيب لا يسعه الإلتزام بشفاء المريض وسلامته من الخطر لأن هذا التزام بمستحيل ليس في مكنته ولا في مقدوره الوفاء به [٤٠٦]، فكل ما يطلب من الطبيب هو بذل العناية المعتادة من مثله في ممارسته للعمل فإذا أستعمل الطبيب حقه في الحدود الشرعية ونتج عن ذلك

٤٠٦- يذهب البعض إلى جواز إشتراط المريض الشفاء على أساس أن ذلك من قبيل الجعالة التي تجوز على مجهول (د.عبد الستار أبو غده- فقه الطبيب وأدبه – أعمال المؤتمر العالمي للطب الإسلامي، ص٤٤٤) .

ضرر لحق بالمريض لا يمكن الإحتراز منه فلا ضمان عليه [٤٠٧].

ومن القواعد المقررة شرعاً أن عمل الطبيب عند الأذن بالعلاج أو عند طلبه يعد واجباً والواجب لا يتقيد بشرط السلامة [٤٠٨]، حتى وإن كان واجب التطبيق متروكا لإختياره وحده ولإجتهاده العلمي والعملي فهو أشبه بصاحب الحق لما له من السلطات الواسعة والحرية في اختيار العلاج وكيفيته [٤٠٩].

---

٤٠٧ حاشية الطهطاوي علي الدر المختار، جـ ٤ ص ٤٧٥ .

٤٠٨- أحمد شرف الدين- الأحكام الشرعية للأعمال الطبية- ص٥٢-٥٣ .

٤٠٩- مقالة للشيخ أبو زهرة عن مسئولية الأطباء-مجلة لواء الإسلام -س ٢٠ ص ٥٥/٥٣.

المطلب الثاني
الأخطاء المهنية الموجبة لمسئولية الطبيب المدنية

لقد حددت المادة الثامنة والعشرون من النظام الأخطاء المهنية الموجبة لمسئولية الطبيب المدنية فلم تفرق بين خطأ مهني يسير أو جسيم فأي خطأ مهني صدر عن الطبيب وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم من إرتكبه بالتعويض مهما كانت درجته وأناطت تقدير هذا التعويض باللجنة الطبية الشرعية المنصوص عليها بالمادة الرابعة والثلاثون والمكونة من:

١) قاض لا تقل درجته عن قاض (أ) يعينه وزير العدل رئيساً
٢) مستشار نظامي يعينه وزير الصحة عضواً
٣) عضو هيئة تدريس من أحد كليات الطب بالجامعات السعودية عضواً
٤) طبيبان من ذوي الخبرة والكفاءة يعينهما وزير الصحة أعضاء

وتختص هذه اللجنة بالنظر في الأخطاء الطبية المهنية التي ترفع بها مطالبة بالحق الخاص (دية - تعويض - إرش) وكذلك النظر في الأخطاء الطبية المهنية التي ينتج عنها وفاة أو تلف عضو من أعضاء الجسم أو فقد منفعتها أو بعضها حتى ولو لم يكن هناك دعوى بالحق الخاص .

كما سردت المادة الثامنة والعشرون صوراً للأخطاء الطبية وأعتبرتها من الأخطاء المهنية الموجبة لمسئولية الطبيب المدنيه فنصت على أن (كل خطأ مهني صدر من الطبيب أو من أحد مساعديه وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم من إرتكبه

بالتعويض وتحدد اللجنة الطبية الشرعية المنصوص عليها في هذا النظام مقدار هذا التعويض ويعد من قبيل الخطأ المهني ما يلي :

١) الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة .

٢) الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الألمام بها .

٣) إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض .

٤) إعطاء دواء للمريض على سبيل الأختبار .

٥) إستعمال آلات أو أجهزة طبية دون أن يكون على علم كاف بطريقة إستعمالها أو دون أن يتخذ الإحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الاستعمال.

٦) التقصير في الرقابة والأشراف على من يخضعون لأشرافه وتوجيهه من المساعدين .

٧) عدم إستشارة من تستدعي حالة المريض الأستعانة به (م٢٨).

ونعتقد أن هذه الصور ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال وفي رأيي أن إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض يستوجب مسئولية الطبيب الجنائية والمدنية معاً وذلك لعظم شأن هذا الخطأ ولكونه يعارض مقصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على نفس الأنسان وجسده ويتنافى مع شروط إباحة العمل الطبي وخصوصاً إذا عرفنا أن الرأى المتفق عليه لدى رجال القانون أن إجراء التجارب على الإنسان عمل غير مشروع وأنه خطأ يستوجب

مسئولية الطبيب عن جريمة عمدية[٤١٠]، أو متجاوزة القصد [٤١١]، بحسب الأصول هذا فضلاً عن كونه يستوجب مسئولية الطبيب المدنية متى أحدث ضرراً بإنسان[٤١٢] وذلك بصرف النظر عما إذا كان الطبيب قد راعى في عمله الأصول الفنية كما أنه لا يرفع مسئولية الطبيب عن عمله هذا قبول الشخص الذي إجريت عليه التجربة لأن سلامة جسم الإنسان لا يجوز أن تكون محلاً لتصرفه ولا يباح المساس بالكيان الإنساني إلا لضرورة العلاج ولفائدة الإنسان ذاته [٤١٣].

وقد نص على ذلك النظام السعودي أيضاً بقوله (ويقع باطلاً كل شرط يتضمن تحديد أو إعفاء لطبيب أو أي من مساعديه من المسئولية) (م ٢٨ف٧).

٤١٠- د.محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام ١٩٧٤ رقم ١١٥ ص١٨١ .

٤١١- د. مأمون سلامة قانون العقوبات القسم العام ١٩٧٦ص١٧٤ .

٤١٢- د. وديع فرج مسئولية الأطباء والجراحين المدنيه - مجلة القانون والاقتصاد العددان الرابع والخامس السنة (١٢) ١٩٤٢م، ص ٤٣٠ .

٤١٣- د. محمد عبد العزير - التجارب الطبية والعملية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان الطبعة الأولى ١٩٨٩م- مطبعة أبناء وهبة حسان- القاهرة - ص ٦٣ .

المطلب الثالث

أمثلة وتطبيقات قضائية معاصرة لبعض الأخطاء الموجبة لمسئولية الطبيب المدنية

أولاً : الخطأ في التشخيص:

القاعدة أنه لا يعتبر خطأ مجرد الغلط في التشخيص أي تفسير الأعراض المختلفة، حتى ولو كان في إستطاعة الطبيب الحاذق المجرب أن يقف فوراً على حقيقة الحالة، فالطبيب لا يسأل عن الأخطاء التي تقع في التشخيص إلا إذا كانت جسيمة أو تنطوي على جهل مطبق بالعلوم الطبية، أو غلط غير مغتفر كما إذا كانت علامات وأعراض المرض من الظهور بحيث لا تفوت على طبيب مثل الذي قام بالتشخيص.

ويسأل الطبيب إذا كان خطؤه في التشخيص راجعاً إلى عدم إستعمال الوسائل العلمية الحديثة التي أتفق على إستخدامها في مثل هذه الأحوال كالسماعة أو الأشعة أو الفحص المجهري، ولا يعفى الطبيب من المسئولية في هذه الحالة إلا إذا كانت حالة المريض لا تسمح باستعمال الوسيلة المتبعة [٤١٤].

كما يقوم الخطأ في حق الطبيب إذا أستعمل وسائل مهجورة أو طرقاً طبية قديمة وكان من شأن هذه الطرق الإضرار بالمريض وتقدير خطأ الطبيب في التشخيص ينظر فيه إلى مستواه من جهة وتخصصه من جهة أخرى، فمن البديهي أن خطأ الطبيب الأخصائي يعتبر أدق في التقدير من الطبيب العام [٤١٥].

٤١٤- د. محمد حسين منصور-المسئولية الطبية- ص ٣٤٦ .

٤١٥- المستشار عدلي خليل-الموسوعة القانونية في المهن الطبية - طبعة أولى ١٩٨٩م - مصر - ص ١١٦.

ثانياً : الخطأ في وصف العلاج ومباشرته :

لا يسأل الطبيب عن نتيجة معينة كشفاء المريض ، لأن الأمر مرجعه مدى فعالية العلاج ومدى قابلية جسم المريض وحالته وهذه مسألة ليست يسيرة بل تدخل فيها المقدرات والأبحاث العلمية .

ولكن يلتزم الطبيب بمراعاة الحد اللازم من الحيطة في وصفه العلاج ، اذ ينبغي عليه مراعاة بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة إحتماله للمواد الكيمائية التي يحتويها الدواء، ويسأل الطبيب إذا أعطى المريض جرعة من الدواء أزيد من اللازم. وقد تقضي الأصول الطبية بإجراء فحوص أولية لأختبار حالة المريض قبل وصف دواء أو مباشرة طريقه من طرق العلاج فعدم قيام الطبيب بذلك يقيم مسئوليته، أما إن كان تغاضي الطبيب عن ذلك يرجع إلى سرعة الحالة أو تقديره أن الأمر لا يستلزم ذلك طبياً لأن ذلك من الأمور الخلافية الهامة فإنه يعفى من المسئولية[٤١٦] .

وتعد الأشعة من الإكتشافات العلمية التي تلعب دوراً مهماً في العلاج الطبي . ولكن إستعمال الأشعة رغم فعاليته قد يؤدي إلى بعض الأضرار الجانبية بسبب طريقة الإستعمال الخاطئة أو بسبب الحالة الجسمانية للمريض، فإذا حصل للمريض قرحة نتيجة إهمال الطبيب في إتخاذ الحيطة اللازمة لتجنب هذا الخطر أو تجاوز المدة اللازمة لأخذ الصورة كان مسئولاً[٤١٧] ، ومن المتعارف عليه طبياً أن تسبق عمليات نقل الدم تحاليل وفحوص معينة للتأكد من سلامة معطي الدم من جهة ومن

---

٤١٦ بسام محتسب بالله – المسئولية الطبية المدنية والجزائية – ص ١٤٩ وما بعدها.

٤١٧ د. محمد حسين منصور ص ٤٧ وما بعدها. وكذلك أنظر المسئولية الطبية المدنية والجزائية للمحامي / بسام محتسب بالله – ص ١٧٣ وما بعدها .

التوافق بين الطرفين من جهة أخرى ، فتقوم مسئولية الطبيب إذا قام بنقل دم معين يكون معطيه حاملاً لمرض معين أو كانت فصيلته لا تتفق مع فصيلة المريض ، إذ لوكان الطبيب قد أجرى الفحوص الطبية بعناية قبل نقل الدم لاكتشف ذلك بسهولة وأمكن تجنب الأضرار التي تحدث للمريض[٤١٨].

ومجمل القول أن مسئولية الطبيب تقوم إذا ما استشف القاضي من القضية أن الطبيب قد باشر العلاج بطريقة تنم عن إهمال أو لا مبالاة ودون اتباع الأصول الطبية السليمة المتعارف عليها بين جمهرة الأطباء .

ثالثاً: الخطأ الطبي في العمليات الجراحية:

قبل إقدام الجراح على إجراء العملية يتعين عليه الحصول على رضاء المريض إلا في حالة الضرورة كما سبق التنويه، وينبغي على الطبيب قبل إجراء العملية الجراحية أن يفحص المريض فحصاً شاملاً، ولا يقتصر الفحص على العضو الذي سيكون موضع الجراحة بل يمتد الفحص إلى الحالة العامة للمريض ومدى ما يمكن أن يترتب من نتائج جانبيه على التدخل الجراحي، ومن المعروف وجوب وضع المريض تحت التخدير (البنج) أثناء العملية الجراحية حتى لا يشعر بآلام الجراحة ، وإستخدام التخدير يقتضي من الطبيب قدراً من الحيطة والحذر للتأكد من مدى تحمل المريض، إذ ينبغي الحذر الشديد مع المريض بالقلب عند إجراء جراحة له ، كم يجب على الطبيب التأكد من خلو معدة المريض من الطعام قبل إستخدام المخدر[٤١٩].

٤١٨- د. محسن البيه / نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية - مكتبة الجلاء - المنصورة ١٩٩٠م - مصر-ص ١٦.

٤١٩- بسام محتسب بالله - المسئولية الطبية المدنية والجزائية - ص ١٧٩ وما بعدها .

وقد يقوم الجراح في العمليات البسيطة بتولي تخدير المريض إذا كانت لا تستغرق وقتاً طويلاً ، وفي أغلب الأحيان يستعين بطبيب متخصص للتخدير ، ومسئولية كل من الجراح أو طبيب التخدير ليست بتحقيق نتيجة بل هي بذل عناية[٤٢٠].

وطبيب التخدير حر في اختيار طريقة التخدير التي يراها متوافقة مع حالة المريض إذا كان متعارفاً عليها طبياً، ويلتزم طبيب التخدير بمتابعة حالة المريض حتى إفاقته بعد العملية الجراحية، والقضاء الحديث إستقر أخيراً، على أن الجراح لم يعد مسئولاً عن الأخطاء التي تصدر من طبيب التخدير طالما أن المريض لم يعترض على تواجده، إذ يفترض وجود رضاء ضمني بهذا الوجود.

ومن ثم فإن كلا من الطبيبين يسأل عن الأخطاء التي تصدر منه سواء قبل العملية أو أثنائها أو بعد إنتهائها وإذا حصل خطأ مشترك من الطبيبين أصبحا مسئولين أمام المريض بمعنى أن الأخير له الحق في الرجوع بالتعويض على ذمتهما معاً أو على الذمة المالية لأي منهما بكامل التعويض[٤٢١] .

وفي عام ١٩٨١م أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها حكم محكمة الإستئناف الذي صدر بإدانة طبيب التخدير وبراءة الجراح وذلك بعد إجراء عملية جراحية إستمرت أكثر من ساعة وأعيد المريض إلى غرفته بعد موافقة طبيب التخدير ونظراً لعدم صحوة المريض من المخدر رغم مرور ست ساعات أخبرت زوجته طبيب التخدير بحالته فلم يستجب رغم إبلاغه بإرتفاع ضغط الدم وبعد مرور أربع ساعات وقع المريض في غيبوبة تامة، وأخطر طبيب التخدير مرة أخرى فحضر بعد

٤٢٠- بسام محتسب الله - المسئولية الطبية ص ١٨٣ وما بعدها.

٤٢١- بسام محتسب بالله - المسئولية الطبية المدنية والجزائية - ص ١٨١ وما بعدها . بتصرف

نصف ساعة ومن بعده الجراح، وتبين أن المريض أصيب بمرض راجع إلى إضطراب في عمل الرئة ، ولم يشف المريض من ذلك وظل مصاباً بأضطرابات في التنفس، مما وقف عقبة في سبيل مباشرة مهنته"[٤٢٢].

وفي ذات الإتجاه ذهبت المحكمة السابقة إلى إدانة الطبيب الجراح الذي قام بتخدير المريضة جزئياً وتأكد من قدرتها على الحديث في البداية رغم التخدير، وتوفيت المريضة بعد ذلك على أثر تعقيدات في التنفس وأدانت المحكمة الطبيب لعدم قيامه برعاية المريضة بنفسه وعدم القيام بأي زيارة لها عقب العملية، إلى جانب أنه عهد بها إلى أشخاص غير مؤهلين ولم يعطهم أي تعليمات أو توجيهات"[٤٢٣]، ومن نافلة القول أن الطبيب الجراح شأنه شأن الطبيب العادي عليه إلتزام ببذل عناية دون تحقيق نتيجة بمعنى أنه لا يكون مسئولاً عن ضمان شفاء المريض أو نجاح العملية الجراحية طالما أنه بذل جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، ولا يشترط أن يكون الخطأ الطبي جسيماً بل يكفي أن يكون الطبيب قد قام بما يجب عليه من عناية تمليها عليه الظروف المحيطة به ومن المعلوم أن تقدير خطأ الطبيب يرجع فيه إلى أهل الخبرة والإستعانة في ذلك بمشورة كبار الأساتذة في العلوم الطبية مع مراعاة أن طبيعة التدخل الجراحي يقتضي قدراً ضرورياً من المخاطر.

وهناك بعض حالات يبدو فيها خطأ الجراح واضحاً مثل تركه أجسام غريبة في الجرح كقطعة من الشاش"[٤٢٤]، أو القطن أو آلة تستعمل في الجراحة يتسبب عنها

٤٢٢- د. محمد منصور - المسئولية الطبية - ص ٦٠ وما بعدها.

٤٢٣- محمد حسين منصور - المسئولية الطبيه - ص ٦١ .

٤٢٤- بسام محتسب بالله - المسئولية الطبية المدنية والجزائيه - ص ١٨٥-١٨٦

تقيحات والتهابات تؤدي إلى الإضرار بالمريض أو القضاء على حياته أو عدم قيام الطبيب بنظافة الجرح وتطهيره حتى لا يكون بؤرة للعدوى"[٤٢٥] . ولا تقتصر مسئولية الجراح على الخطأ المهني فقط ، بل تمتد إلى كل سلوك ينطوي على إهمال وعدم إحتراز أثناء العملية الجراحية فيسأل الطبيب عن موت المريض بسبب انفجار آلة كهربائية كان يستعملها إذا أثبت أن أنفجار الآلة يرجع إلى إهمال في إختيار مكان وضعها بين الآلات الآخرى التي يستعملها، كما يسأل الطبيب إذا سقط المريض أثناء الجراحة على الأرض إذا كان ذلك راجعاً إلي عدم التأكد من استقرار المريض على منضدة العمليات ويسأل جراح الأسنان في حالة خطئه الواضح، كأن يتسبب في إنفصال الفك عند خلعه ضرس .

وبصفة عامة فإن المحكمة يجب أن تبين ما إذا كان الطبيب الجراح قد أرتكب أثناء إجراء العملية ما يعتبر خروجاً معيباً على القواعد الفنية أو أن اجراءها اتسم بالجهل أو الإهمال الذي لا يصدر عن طبيب سواء في مرحلة الاعداد لها أو إجرائها أو العناية اللازمة بعد إنهائها، وقد أعفت المحاكم الطبيب من المسئولية في حالة توافر شروط القوة القاهرة أو حالة الضرورة التي توجب ضرورة السرعة في إجراء العملية وقد يفاجىء الجراح من ظروف شاذة لم يكن في إستطاعته أن يتوقعها ولا في مقدوره أن يعمل على تلافيها "[٤٢٦].

٤٢٥- الموسوعة القانونية في المهن الطبية ١٩٨٩م ص ١٣٦ ، وكذلك المسئولية الطبية المدنية والجزائية / بسام محتسب بالله - ص ١٨٦-١٨٧ .

٤٢٦- محمد حسين منصور - المسئولية الطبية ص ٧٣.

رابعاً : الإستعانة بالمساعدين والمسئولية عن أعمالهم :

ويدق الأمر عندما يقوم الطبيب الجراح بالإستعانة ببعض المساعدين أثناء إجراء العملية الجراحية ومدى مسئولية هذا الطبيب عن الأخطاء التي قد تقع من هؤلاء وما يترتب عليها من أضرار في مسئولية الطبيب عن الخطأ الذي يقع من مساعديه، ويمكن إجمال هذه الأراء وتلخيصها في النقاط الأتيه:

الحالة الأولي :

في أغلب الأحيان يستعين الطبيب داخل غرفة العمليات بعدد من الممرضين والممرضات والمساعدين أثناء إجرائه العملية وفي هذه الحالة فإن الطبيب يعتبر رئيساً للفريق الذي يعمل تحت إمرته ، فهو يدير وينسق كل أنشطة مساعديه إذ في أغلب الأحوال لا يعرف المريض سواه ، ومن ثم فإذا وقع أي خطأ من أحد هؤلاء فإن الطبيب الجراح يسأل تعاقدياً في مواجهة المريض عن هذا الخطأ[٤٢٧]

الحالة الثانية :

أدي التطور الطبي والفني في إجراء الجراحات وخاصة الكبيرة منها إلي أن يلجأ الطبيب الجراح إلى تكوين فريق عمل من الأطباء المتخصصين في بعض فروع الطب التي يحتاجها أثناء إجراء العملية الجراحية ، إذ يحصل عملاً الآن أن يعاون هذا الطبيب زميلاً آخر له أخصائي في التخدير/ أخصائي في أمراض الدم وضغط الدم وثالثاً أخصائي في أمراض القلب فاذا وقع خطأ من أحد هؤلاء هل تقوم مسئولية الطبيب.

٤٢٧- د. محسن البيه – نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية – ص ٨٨ وما بعدها.

إتجه القضاء في هذه الحالة إلى قيام المسئولية المدنية بين الأطباء بصفة تضامنية ، وإعتبر أن الحق في التعويض في حالة ثبوت الخطأ أو قيام الجريمة مستند إلى المسئولية التقصيريه[٤٢٨] .

الحالة الثالثة :

إذا أجرى الطبيب الجراح عملية جراحية في مستشفى عام حكومي أو في مستشفى إختارها المريض ، وتبين أن الجراح لم يكن له أي دخل في إختيار مساعديه سواء من الأطباء أو الممرضين ، وفي هذه الحالة قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها أنه وإن كان قيام رابطة التبعية لا يقتضي أن يكون المتبوع حراً في إختيار تابعه إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب للجراح في مستشفى عام على طبيب التخدير الذي عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير[٤٢٩] .

وقد انتهى هذا الحكم إلى أنه طالما كانت الوفاة قد حدثت نتيجة خطأ في عملية التخدير التي لم يساهم فيها الطبيب الجراح ، فإنه لا يمكن إسناد أي خطأ تقصيري لهذا الجراح، لأنه ما كان يستطيع أن يمنع الطبيب الذي عينته المستشفى العام للقيام بعمليات التخدير ومباشرة تخدير المريض أو أن يختار غير هذا الطبيب للقيام بهذه العملية .

٤٢٨- د. محمد حسين منصور - المسئولية الطبية - ص٧٢ وكذلك محمد شكري سرور/ مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص - دار الفكر العربي ١٩٨٣م -مصر- بند ٩٠ وما بعده ص ١١٠ وما بعدها . كذلك الدكتور / محسن البيه / نظرة حديثه إلى خطأ الطبيب ص ٨٨ وما بعدها .

٤٢٩ مجموعة أحكام النقض المدنية المصرية س ٢٠ ص ١٠٩٤ حكم صادر من الدائره المدنية في ١٩٦٩/٧/٣م مشار إليه لدى محسن البيه-نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية- ص ٨٨ وما بعدها.

ونتناول أهم المبادىء التي أرستها محكمة النقض المصرية وبعض المحاكم الأخرى في هذا الخصوص :

١- حكمت محكمة النقض المصرية أن مسئولية الطبيب لا تقوم في الأصل على أنه يلتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه فإن كان الحكم المطعون فيه قد حصل من أن الطبيب أمر بنقل مريضة من مستشفى إلى آخر ، وهي على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل في وفاتها وأعتبر هذا التصرف خطأ لا يبرره إدعاء الطبيب بعدم ضرورة التدخل الجراحي إذ أن هذا الادعاء بفرض صحته لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها وإتخاذ ما يجب بشأنها وتقرير العلاج اللازم لها، وتأخير نقلها إلى المستشفى الآخر إلى الوقت الملائم لحالتها المرضيه[٤٣٠].

٢- قضت المحكمة أنه لا يمكن أن يسأل الطبيب عن أدائه العملية ولايجوز للمحاكم أن تناقشه فيها ولا في التشخيص الذي يعطيه لأي مرض يعرض عليه طالما أنه كان في النطاق الذي تسمح به قواعد الطب الفنية[٤٣١]. ومعنى هذا الحكم عدم مسئولية الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى ترجيحه لرأي علمي على آخر .

٤٣٠- مجموعة أحكام النقض المصرية س١٧ ، ص٦٣٦ سنة ٣١ قضائية - مشار إليه لدى - د. محسن البيه- نظره حديثة الى خطأ الطبيب- ص ٨٩ وما بعدها.

٤٣١- مستشار عدلي خليل - الموسوعة القانونية في المهن الطبيه، ص ١٥١ .

٣- يصح في القانون أن يقع الحادث بناء على خطأين من شخصين مختلفين، ولا يسوغ في هذه الحالة القول بأن خطأ أحدهما ينفي المسئولية عن الآخر، إذ يصح أن يكون الخطأ مشتركاً بين شخصين مختلفين أو أكثر، والأصل أن خطأ المضرور لا يرفع المسئولية ولا يعفي المسئول إستثناء من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول "[٤٣٢]

٤- جاء في البند ثالثاً من حكم محكمة الإستئناف العليا (الدائرة التجارية الثانية) في الاستئناف رقم ٢٧١ . ٢٨٥ . ٢٨٦،/١٩٧٩م (تجاري) بالكويت (إن الثابت في حق المستأنف عليه .... ترتيباً على ما سلف أن خرج على الأصول الفنية المقررة في شأن عملية الختان وهي من العمليات البسيطة التي يجريها من هم أقل من مثله علماً وخبرة بأن أزال جميع الجلد المحيط بالقضيب وهو ما لا تستلزمه عملية الختان وفيه تجاوز كبير لحدودها حتى وصفها تقرير مستشار التجميل في لندن بأنها " جذرية جداً " وهو وصف قريب من تصور مستشار التجميل بالمستشفي الاميري بها وهو ما لا يتأتى ممن له إلمام ولو بسيط بأصول الجراحة وفيه خروج معيب على القواعد الفنية إلى الحد الذي يبدو معه مشوباً بالجهل والإهمال الذي يصدر عن طبيب) أ.هـ "[٤٣٣].

٤٣٢- المجموعة السابقة من أحكام النقض المصرية س ١٩ ، ص ١٠٧ صادر في جلسة ١٩٦٨/١/٢٩م.

٤٣٣- د. أحمد شرف الدين / مسئولية الطبيب - مشكلات المسئولية المدنية في المستشفيات العامة مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٦ص ٢٣٥ .

الفصل الرابع

{ إثبات مسئولية الطبيب وآثارها }

الفصل الرابع

إثبات مسئولية الطبيب وآثارها

تناولنا في الفصلين الثاني والثالث من هذا البحث، بيان أركان مسئولية الطبيب بنوعيها الجنائية والمدنية، في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، ونعرض في هذا الفصل لكيفية إثبات قيام هذه المسئولية والآثار التي تترتب على قيامها وذلك في مبحثين الأول منهما: إثبات مسئولية الطبيب في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ونتناوله بالدراسة في مطلبين الأول: إثبات هذه المسئولية في الشريعة الإسلامية والثاني:- إثباتها في النظم الوضعية، أما المبحث الثاني من هذا الفصل فأتناول فيه الآثار التي تترتب على ثبوت هذه المسئوليه وذلك في مطلبين أولهما: استعرض فيه أثار ثبوت مسئولية الطبيب في الشريعة الإسلامية وفي المطلب الثاني أوضح فيه آثار ثبوتها في النظم الوضعية، ثم المقارنه بين نظرة الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية فيما يخص إثبات المسئولية وأثارها في مطلب ثالث، وقد رأيت من الضروري إفراد النظام السعودي ببحث مستقل أيضاً في ختام هذا الفصل وضعت فيه تصوراً عاماً لنظرة هذا النظام في إثبات مسئولية الطبيب والآثار التي تترتب على ثبوت هذه المسئولية وذلك في مبحث ثالث.

المبحث الاول
اثبات مسئولية الطبيب
في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية

قدمنا أن الأصل في مساءلة الطبيب وجوب إثبات وجود الخطأ فيما قام به من افعال لأن مشروعية العمل الطبي محددة ببعض الشروط والقواعد الخاصة التي إن خالفتها أفعال الطبيب أعتبرت نوعاً من التعدي يوجب المساءلة بقدر مانتج عنها من ضرر لذلك سوف نتناول في هذا المبحث في مطلب أول إثبات هذه المسئولية في الشريعة الإسلامية وفي المطلب الثاني نعرض لإثباتها في النظم الوضعية.

المطلب الأول
إثبات مسئولية الطبيب في الشريعة الإسلامية

لاتقبل دعوى المريض ضد الطبيب متهمًا إياه بالتعدي أو التقصير أو بمجاوزة مأأذن له فيه مجردة من الأدلة بل لابد أن يقدم مايثبت دعواه من أدلة وبراهين جلية تدل على أن الطبيب قد أرتكب مايوجب مساءلته، قال الله تعالى ﴿قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين﴾[٤٣٤] وقال صلى الله عليه وسلم «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجالٍ وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[٤٣٥] وفي رواية إخرى «ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[٤٣٦].

فبين الرسول ﷺ أن المحافظة على الدماء والأموال توجب عدم قبول الدعاوى المجردة من الأدلة والبراهين إذا أنكر المدعى عليه، إذ في قبولها وسيلة للإعتداء على دماء الناس وأعراضهم وأموالهم وهذا يتعارض مع المقاصد الشرعية الضرورية التي قصدت شريعة الإسلام حفظها وصيانتها ورعايتها.

وبناءً على ماتقدم فإن المريض أو نائبه إذا أدعى مايوجب مسئولية الطبيب وأنكر الطبيب صحة تلك الدعوى يتعين على المدعى إبراز مالديه من الأدلة الواضحة لإثبات تسبب الطبيب في ضرره وإلا فلا مسئولية على الطبيب، وكذلك لو أدعى الطبيب أن ماأصاب المريض من ضرر كان نتيجةً لسبب أجنبي لايدله فيه أو لخطأ المريض نفسه وأنكر ذلك المدعى عليه فإنه يتعين على الطبيب أيضًا إقامة الدليل على مايدعيه لإثبات صحة دعواه.

٤٣٤- سورة النمل آية ٦٤.

٤٣٥- صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب الأقضية- باب اليمين على المدعى عليه جـ١٠ ص٢٣٣.

٤٣٦- البيهقي - السنن الكبرى -مطبعة دار المعارف العثمانية بحيدر آباد- الهند سنه ١٣٥٥هـ جـ١ ص ٢٥٣.

فالبينة في الدعاوى عموماً على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى ذلك أجمع أهل العلم[٤٣٧]، وهي مسأله يتفق فيها القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي حيث يتعين على المدعي المتضرر أثبات خطأ المعتدى ووقوع الضرر[٤٣٨].

ومن ثم يمكننا القول بأن وسائل الأثبات التي قد يلجأ إليها المريض لإثبات خطأ الطبيب أو تعديه هي - الأقرار - الشهادة - آراء أهل الخبره والأختصاص والكتابة[٤٣٩] وسوف أجعل أفرد كل من هذه الوسائل فرعاً مستقلاً وفقاً لما يلي:

الفرع الأول : الإقرار

الفرع الثاني: الشهادة

الفرع الثالث: الخبرة

الفرع الرابع: الكتابة

٤٣٧- قال الإمام ابن المنذر (وأجمعوا على أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه) الاجماع لابن المنذر - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ص ٢٩.

٤٣٨- د. وهبة الزحيلي - نظرية الضمان - ص ٢٧٠.

٤٣٩- قيس بن محمد آل الشيخ مبارك -التداوي والمسئولية الطبية في الشريعة الإسلامية مكتبة الفارابي-دمشق ١٤١٢هـ، ص ٢٧٣-٢٩٧.

الفرع الأول
الإقـــرار

وهو في اللغة : الإذعـان للحق والأعـتـراف به[٤٤٠] وعند الفـقـهـاء الحنـابلة (هو إظهار مكلف مختار ماعليه بلفظ أو كتابة أو إشارة أخرس أو على موكله أوموليه أو مـورثه بما يمكن صدقـه وليس بإنشـاء)[٤٤١] وعـرفـه فقـهـاء الشـافعيه بأنه (اخبـار الشخص بحق عليـه ويسـمى إعترافًا)[٤٤٢] والإقرار حجة قاصرة على المقر لاتتعداه يؤخذ به ويحكم عليه بمقتضاه ويعتبر أقوى وسيلة من وسائل الإثبات بل هو سيد الأدلة كما يقال، لإنه إعتراف من الجاني على نفسه وهو أعلم بها من غيره، وهو عندما يشهد على نفسه بما يوجب الضرر بها غالباً مايكون صادقاً في شهادته وإقراره إذ العاقل لايقر عادة ولايرتب حقاً للغير على نفسه، إلا إذا كان صادقًا في إقراره وينبغي أن يراعي القاضي توافر شروط أهلية المقر فلا يقبل إقرارة في حالة سكر أو جنون أو إكراه أو نحو ذلك من الحالات التي تنافي أهلية المقر وتجعل إقـراره باطلاً لا أثر لـــه "[٤٤٣]، فالطبيب أدرى من غيره بحقيقة فعله ومن ثم كان الاقرار الصادر حجة وبينه عليه.

والإقـرار حجـة كـاملة بذاتهـا، يثبت القـاضي الحكم استناداً إليـه، ولايصح الرجوع عنه قبل القضاء ولابعده وذلك لأن القضاء بالإقرار يستند إلى العلم الحاصل بالإقرار.

٤٤٠- ابن منظور- لسان العرب- بولاق سنة ١٣٠٠هـ، جـ٦ ص ٣٩٨.

٤٤١- البيهوتي -متنهى الإرادات - جـ٣ ص ٥٦٩.

٤٤٢- زكريا الأنصاري - منهج الطلاب-إحياء دار الكتب العربية- جـ٣ ص ٧١.

٤٤٣- المبدع لأبن مفلح جـ١ ص ٢٩٤ ومابعدها. وارجع أيضاً اثبات الدعوى الجنائية بالقرائن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي د. سامح السيد جاد الطبعة الأولى-مصر-ص١١٤.

وفي ذلك يقول العلامة إبن فرحون (لو أقر أحد الخصمين عند القاضي، فحكم عليه مستنداً لإقراره، ثم أنكر أن يكون قد أقر، مضى ذلك الحكم ولايغير الخصم إنكاره، هذا هو المشهور)[٤٤٤] فإذا أقر الطبيب عند القاضي ثبوت الخطأ في جانبه فلا يفيد إنكاره بعد ذلك لهذا الإقرار[٤٤٥].

٤٤٤- تبصرة الحكام جـ٢ ص ٤٨.

٤٤٥- الأصل أن ذلك كله محوره حقوق العباد أما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يصح أن يعول فيها على الإقرار وحده.

الفرع الثاني
الشهادة

وهي في اللغة: الأخبار أو البيان أي القول الصادر عن علم حاصل بالمشاهدة فهي إذن مشتقة من المشاهدة التي تنبىء عن المعاينة وبها يقع البيان[٤٤٦] وقد تطلق أيضاً على الحلف ومن ذلك قوله تعالى (ويدرؤا عنها العذاب أن تشهدَ أربَعَ شهادات بالله إنه لمن الكاذبين)[٤٤٧] وتطلق أيضًا على الحضور[٤٤٨] ومن ذلك قوله تعالى (وهم على مايفعلون بالمؤمنين شهود)[٤٤٩] وقوله تعالى (فمن شهدمنكم الشهر فليصمه)[٤٥٠] وقد تطلق أيضاً في اللغة على الإدراك كان تقول شهدتُ الجمعة أي أدركتها[٤٥١]

أما تعريفها عند الفقهاء: فقد عرفها فقهاء الحنابلة بأنها (حجة شرعية تظهر الحق ولاتوجبه. فهي الأخبار بما علمه بلفظ خاص)[٤٥٢] وعند المالكية: هي الأخبار عن تعلق أمر بعين يوجب عليه حكمًا[٤٥٣] وعرفها الشافعية بأنها: أخبار عن شيء بلفظ خاص»[٤٥٤]

٤٤٦- الفيروز أبادي- القاموس المحيط جـ١ ص٣٠٦.

٤٤٧- سورة النور آيه ٨.

٤٤٨- الفيروز: أبادي- القاموس المحيط جـ١ ص ٣٠٦.

٤٤٩- سورة البروج آية ٧.

٤٥٠- سورة البقرة آية رقم ١٨٥.

٤٥١- الفيروز أبادي/ القاموس المحيط جـ ١ ص ٣٠٦.

٤٥٢- البيهوتي-منتهى الإرادات- جـ٣ ص ٥٣٤.

٤٥٣- الدسوقي-الحاشية على الشرح الكبير- جـ٤ ص ١٩٤.

٤٥٤- زكريا الأنصاري- شرح منهج الطلاب- جـ٤ ص ٣٧٤.

وعند فقهاء الحنفية: الشهادة إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء»[٤٥٥] وتلعب الشهادة الدور الرئيس في الإثبات في الفقه الإسلامي فهي مقدمة فيه على سائر وسائل الإثبات، كما أجمع فقهاء الإسلام على أن لها الحجية المطلقة بين وسائل الإثبات إذ يتم بها إثبات جميع الوقائع والتصرفات

ويدلل القرآن والسنة على إعتبار وأهمية الشهادة وتعظيم شأنها[٤٥٦]، فمن القرآن الكريم قوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضلَّ إحداهما فتذكرَ إحداهما الأخرى﴾[٤٥٧] وقال تعالى﴿ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾[٤٥٨] وقال تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾[٤٥٩].

ومن السنه قوله ﷺ « ليس لك إلا شاهداك أو يمينه» فهذه الآيات وهذا الحديث يدل كل منهما على مشروعية الشهادة وأهميتها والنهي عن كتمانها ودورها في إثبات الحقوق وحفظ الأموال والمنافع والأنفس، حيث يعتبر أداؤها من فروض الكفايات فإذا قام بها من يكفي سقط الفرض عن الباقين وإن ترك الكل ذلك أثموا[٤٦٠].

يقول الإمام الكاساني (وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضي لأنها عند إستجماع شرائطها مُظهرة للحق، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق،

٤٥٥- محمد علاء الدين الحصكفي - شرح تنوير الأبصار-مطبعة مصطفى الحلبي-مصر-١٣٨٦هـ جـ٧ ص٦١-٦٢.

٤٥٦- د. محمود محمد هاشم - القضاء ونظام الإثبات-مصر سنة ١٩٨٧ - ص ٢٩٧.

٤٥٧- سورة البقرة الآية ٢٨٢.

٤٥٨- سورة البقرة الآية ٢٨٣.

٤٥٩- سورة الطلاق الآية ٣.

٤٦٠- تنبيه الحاكم ص ٧٢.

٤٦١- سورة ص آيه ٣٨ .

قال الله تعالى ﴿ياداود إنا جعلناك خليفةً في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾[٤٦١] والشهادة تعتبر من الحق الذي يجب إستناد الحكم إليه[٤٦٢]، وفيما يخص فعل الطبيب فإنه لايكون مقبولاً الشهادة عليه من أشخاص عاديين غير عالمين بطبيعة العمل إلا في حالة التدليل على عدم سابقة الأذن من المريض أو الولي وإنما يعول في الشهادة على أهل الخبرة والإختصاص لبيان وضع العمل الذي قام به الطبيب ومدى إتفاقه مع الأصول العلمية والفنية المتفق على أتباعها في مهنة الطب.

٤٦١- سورة ص آيه ٣٨ .

٤٦٢- علاء الدين الكاساني- بدائع الصنائع -جـ٦ ص ٢٨٢.

الفرع الثالث
دور الخبرة في الإثبات

والمراد شهادة أهل الخبرة أي إفصاح الخبير عن حقيقة أمر لايمكن التوصل إلى معرفته إلاً عن طريق العارفين بمثل هذا النوع من العلم فحقيقة مايعرض لجسم الإنسان من مرض، لايتبينه ولايحدد حجمه وصفته وخطره إلا الطبيب المختص وقد اشترط الفقهاء الخبرة في الشهادة على مايتبينه غير الخبير[٤٦٣] فذكروا أنه يشترط في كل شاهد أن يكون عارفًا بما يتعلق بتخصصه[٤٦٤].

فيشهد الأطباء في طول الجراح وغورها وقياسها وإسمها وقدمها وغير ذلك مما يطلبه منهم القاضي ففي خطأ المقتص من الجاني يقول الإمام الشافعي رضي الله عنه: (... سئل أهل العلم فإن قالوا قد يخطيء بمثل هذا سئل فإن قال: أخطأت، حلف ولاقصاص عليه، وتحمل ذلك عنه عاقلته وإن قالوا: لايخطئ بمثل هذا فللمستفاد منه القصاص بقدر الزيادة وهكذا إذا وضع الحديدة في موضع غير موضع القود لايختلف فيه الجواب)[٤٦٥] ، فاعتبر قول أهل الخبرة في تحديد نوع الجناية وتمييز العمد عن الخطأ.

والقول بإعتبار شهادة أهل الخبرة محل إتفاق بين الفقهاء، وفي ذلك يقول الإمام أبو عبد الله بن أبي الدم (ولاخلاف أن الشهادة .. وأن العدل الخبير بقيمة الثوب مثلاً، إذا شهد أن قيمته كذا وكذا درهم سمعت شهادته، إذا أداها على،

٤٦٣- شهاب الدين –حاشية قيلوبي- مطبعة الباب الحلبي جـ٤ ص ٣٢٦.

٤٦٤- تبصرة الحكام جـ١ ص٢٢٩.

٤٦٥- الإمام الشافعي الأم- المطبعة الأميرية - مصر١٣٢٥هـ، جـ٦ ص٥٢-٥٣.

وجهها وشرطها الشرعي)[٤٦٦]. والأصل في شهادة أهل الخبرة أنها دراية وإخبار من العارف الخبير عن حقيقة ما، ولذلك اعتبرها الفقهاء من باب الرواية لامن باب الشهادة، فقد ذكر الإمام برهان الدين بن فرحون (إنه ليس على جهة الشهادة وإنما هو علم يأخذه الحاكم عمن يبصره ويعرفه)[٤٦٧].

فدل قوله (علم) على أن شهادة أهل الخبرة ليست شهادة بل هي علم يصل إلى علم القاضي عن طريق الإخبار به والرواية له.

والعلة في جعل شهادة أهل الخبرة من باب الرواية أن المشهود عليه من قبل أهل الخبرة ليس أمراً خاصًا بشخص معين وإنما هو أمر عام بجميع الناس، فالطبيب يشهد على أمر ما، دلته عليه خبرته ومعرفته بالطب شهادة عامة كأن يقول: هذا الدواء الذي يستعمله المريض لايناسب مرضه بحال، أو ينظر الطبيب الجراح إلى الجراحة في جسم المريض ثم يحكم عليها بأنها جراحة سليمة لاخطأ فيها ولاتعد، أو يقول: إن الجراحة لم تقع على أصول المهنة الطبية، بأن كان الجرح أكبر مما ينبغي أن يكون عليه أو أصغر من ذلك أو غير ذلك من الملاحظات التي يخبر بها الطبيب خبراً عاماً لايتعلق بشخص معين وبذلك تفترق شهادة أهل الخبرة عن الشهادة المتعلقة بشخص معين ولذلك أشترط الفقهاء في الشهادة أن تكون من إثنين لمكان التهمة خشية من أن يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة باطنة تدعوه لإتهامه والكذب عليه.

وأكتفوا بقول شاهد واحد من أهل الخبرة لأنه لايتصور منه معاداة جميع الخلق[٤٦٨].

٤٦٦- ابن أبي الدم إبراهيم الحموي- أدب القضاء- دار الفكر-دمشق ١٤٠٢هـ، ص ٤٥٦.

٤٦٧- تبصرة الحكام: ٢٢٩/١.

٤٦٨- القرافي- الفروق-جـ ١ ص٤، الفرق الأول بين الشهادة والرواية.

قال الإمام ابن القيم: ومايختص بمعرفة أهل الخبرة والطب وداء الحيوان الذي لايعرفه إلا البيطار فيقبل في ذلك شهادة طبيب واحد، إذا لم يوجد غيره نص عليه أحمد وإن وحد شهادة إثنين فقال أصحابنا: لايكتفى فيه بدونهما أخذاً من مفهوم كلامه)[٤٦٩]

فاعتبر شهادة طبيب واحد كافية في إثبات الحكم إذا لم يوجد غيره ودل بقوله (أخذ من مفهوم كلامه) على أن مايدل عليه كلام الإمام أحمد رضي الله عنه، هو أن الأصل أن يعمل بقول إثنين من أهل الخبرة ولايعدل إلى قول واحد إلا إذا تعذر وجود إثنين.[٤٧٠]

وكما يكتفى بشاهد واحد من أهل الخبرة فقد ذكر القاضي عياض، أن العدالة ليست شرطاً في ذلك، حيث قال (ويجوز قبول قول الطبيب فيما يسأله القاضي عنه عمايختص بمعرفته الأطباء وإن كان غير عدل أو نصرانياً إذا لم يوجد سواه)[٤٧١]. فأخرج شرط العدالة في الشاهد بقوله (وإن كان غير عدل) ولكن هذا مشروط بعدم توفر الشاهد العدل ولذلك قال: (إذا لم يوجد سواه). وقال الإمام أبو المطرف الشعبي[٤٧٢]: (ويقضي بقول البياطرة في عيوب الدواب بقول رجلين منهم أو رجل غير عدل، إذا لم يكن في البلد عدول منهم)[٤٧٣]. فتحصل أن العدالة ليست شرطاً على الإطلاق في أهل الخبرة لقبول شهادتهم وإنما هي شرط حين يتوفر العدل منهم ولم

٤٦٩- ابن القيم : شمس الدين - الطرق الحكيمة ص١٢٩ وانظر: البعلي: على بن محمد المختصر في أصول الفقه ص٨٦ وابن نجيم: الأشباه والنظائر ص٢٢٣ والرازي فخر الدين عمر بن عمر المحصول في علم أصول الفقه: القسم الأول ٥٨٥:٣.

٤٧٠- الشربيني- ومغني المحتاج- جـ٤ ص٢٠٠.

٤٧١- أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي-المعيار-دار الغرب الإسلامي-بيروت ١٤٠١هـ، جـ١٠ ص ١٧.

٤٧٢- عبد الرحمن بن قاسم: فقيه بلده ألف في نوازل الأحكام كتاباً مفيداً رحمه الله تعالى سنة ٤٩٩هـ.

٤٧٣- الأحكام: ٢٤٤/١.

يشترط الفقهاء[٤٧٤] في شهادة أهل الخبرة أن تكون من رجل بل أجازوا شهادة المرأة أيضاً لأن كثيراً من الحالات لايمكن للرجال أن يطلعوا عليها وفي هذا يقول الإمام الشافعي (أقبل في الحديث الواحد والمرأة، ولا أقبل واحداً منهما وحده في الشهادة).[٤٧٥] وقال القاضي أبو الوليد الباجي: (وإذا كان من باب الخبر والفتوى فيجب أن يقبل فيه قول المرأة الواحدة في كل شيء)[٤٧٦]، فتحصل أن شهادة المرأة الواحدة تعتبر في كل شيء، مادام الأمر متعلقاً بالإخبار، الذي هو من صور شهادة أهل الخبرة والمعرفة، ويتخرج على هذا، جواز قبول شهادة الممرضات والقابلات والطبيبات اللاتي يباشرن علاج المرضى وجراحتهم وهن أولى بالنظر إلى عورات النساء المريضات عند الضرورة من الرجال، ويتأكد اعتبار شهادتهن وقبولها في الحالات التي تتأيد فيها الشهادة بمؤيد من قرينة أو غيرها. فقد قال الإمام أبو بكر السرخسي: (إن شهادتهن إذا تأيدت بمؤيد كانت حجة، والبكارة في النساء أصل فإذا قلن: إنها بكر تأيدت شهادتهن بما هو الأصل، وإن قلن: هي ثيب تجردت شهادتهن عن مؤيد، فلا بد أن يستحلف الزوج حتى ينضم نكوله إلى شهادتهن)،[٤٧٧] وبين في ذلك أن شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن متى تأيدت بمؤيد فإنها تصبح حجة في إثبات الدعوى وأما حين تتجرد عن المؤيد فلا بد من تقويتها باليمين أو بالقرائن التي يتم التوصل إليها.

وفي حكم شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن شهادة الخبيرات منهن بالطب فإنها تقوى ويتأكد العمل بها اذا تأيدت بمؤيد.

٤٧٤- الجصاص أحمد بن علي الرازي-أحكام القرآن-مطبعة الأوقاف الإسلامية-دار الخلافة العلمية ١٣٣٥هـ، جـ ٤ ص١٧١٥.

٤٧٥- الشافعي محمد بن إدريس -الرسالة-دار التراث-القاهرة ١٣٩٩هـ، ص ٢٧٣.

٤٧٦- ابن فرحون -تبصرة الحكام جـ١ ص ٢١٤.

٤٧٧- السرخسي - المبسوط- جـ ١٠ ص ٢٥٦.

غير أن الشرط في شهادة أهل الخبرة ألا يكون الشاهد أجيراً عند المشهود عليه أو عاملاً تحت إشرافه أو يكون بينهما مايخل بالشهادة من عدواة أو تنافس، ففي موجبات الأحكام: (ذكر الصدر الشهيد أن شهادة الأجير الواحد لأستاذه لاتقبل سواء كان في تجارته أو أي شيء آخر)[٤٧٨] فبين سقوط شهادة الأجير لمؤجره وفي حكمه شهادة الطبيب لأستاذه وكذلك شهادة المرض لطبيبه، فإذا شهد أهل الخبرة على أمر ما، فإن الشهادة إما أن تكون مستحقة للقبول مستوفية للشروط وإما ألا تكون كذلك.

فإن كانت ناقصة وغير مستوفية للشروط، فلا إشكال في إسقاطها وإلغاء إعتبارها، وأما إن كانت مستوفية الشروط، فلا تخلو من حالتين:

الأولى: أن يتفق أهل الخبرة على تحديد نوع الحالة التي أمامهم: وفي هذه الحالة، لا إشكال في قبول شهادتهم، وإعتبارها بينة يقوم عليها الحكم ويستند إليها القضاء.

الثانية: أن تختلف شهادتهم، وهذه الحالة لها إحتمالان هما:-

الإحتمال الأول: أن يتساوى عدد الشهود في كل جانب، وذلك بأن يكون في جانب الطبيب شاهدان وفي جانب المريض شاهدان أيضاً ففي هذه الحالة تلغي شهادة أهل الخبرة من الجانبين لتساويها في العدد وتعارضها في الدلالة فتتساقط ويعمل الأصل وهو السلامة لأنها الأصل المتيقن فلا يصح إثبات العيب بخلافه[٤٧٩].

ففي الفتاوى الهندية: (الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوء عينه لم يضمن، كالختان إلا إذا غلط، فإن قال رجلان: إنه ليس بأهل وهذا من خرق

٤٧٨- ابن قطلوبنا: الشيخ قاسم - موجبات الأحكام وواقعات الأيام ص ٢٧٩ وانظر مواهب الجليل جـ٦ ص١٥٦ - ١٥٧.

٤٧٩- أحمد الزرقاء - شرح القواعد الفقهية - ص ٣٩.

فعله، وقال رجلان : هو أهل لايضمن)[٤٨٠].

فأسقط شهادة أهل الخبرة وأعمال الأصل الذي بينه في أول كلامه وهو عدم الضمان، لبراءة ذمة الطبيب من أن يكون مخطئاً أو متعمداً أو مدعياً للطب.

الإحتمال الثاني: أن ترجح كفة أحد الجانبين على الأخرى وذلك كأن يكون الشهود في جانب الطبيب أكثر منهم في جانب المريض، ففي هذه الحالة يعتبر جانب الطبيب أكثر منهم في جانب المريض وفيها يعتبر جانب الطبيب وتلغى شهادة من كان بجانب المريض، وكذلك لو كان الشهود في جانب المريض أكثر منهم في جانب الطبيب فيعتبر جانب المريض، ففي الفتاوى الهندية: (وإن كان في جانب الكحال واحد وفي جانب الآخر إثنان ضمن)[٤٨١]. فضّمن الطبيب لأن الشهود بجانب المريض أكثر منهم بجانب الطبيب، ويستثنى من هذه الحالة، مالو إختلف شهود أحد الجانبين وإضطربت أقوالهم حيث يكون اختلافهم سبباً لتساقط شهاداتهم، عن أن تكون حجة لصاحب الجانب الذي شهدوا له. وقد أشار إلى هذا القاضي أبو الأصبغ عيسى بن سهل الأندلسي[٤٨٢]، في نازلة نزلت بقرطبة وإختلفت فيها أقوال أهل الخبرة في عيب في عين جارية، فذهب ثلاثة من الأطباء إلى صحة وجود العيب وقدمه، وإضطربت أقوال شهود المدعى عليه الثلاثة في حدوث العيب فذهب أحدهم إلى القول بعدم وجود أثر للعيب وذهب الثاني إلى القول بأن العيب بين قديم وحديث وذهب الثالث إلى القول بأن العيب حديث. فأفتى القاضي الأندلسي بإسقاط شهادة الشهود

٤٨٠- ابن البزاز-الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية-مطبعة بولاق ١٣١٠هـ، جـ٥ ص٨٩ وكذلك الفتاوى الهندية جـ٤ ص٥١٢.

٤٨١- الفتاوى الهندية ،جـ٤ ص ٥١٢.

٤٨٢- الإمام عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي القرطبي أخذ عن ابن عتاب ولازمه وكان فقيهاً في الأحكام، وألف فيها كتاب: الإلمام بنوازل الأحكام توفى سنة ٤٨٦هـ .

الثلاثة، لإضطراب أقوالهم وعدم إجتماعهم على شيء واحد، وإنفراد كل واحد منهم بمعنى لم يشهد به الآخر وأعتبر شهادة الشهود الثلاثة الأولين، لاتفاقهم على معنى واحد وعدم اضطراب أقوالهم"[٤٨٣]. وهذا هو مادونه الإمام ابن فرحون في فصل في اختلاف أهل المعرفة حيث قال: (وفي كتاب ابن المواز: إن اختلف الشهود في العيب فقال بعضهم: قديم وقال بعضهم هو حديث وقال بعضهم : هو عيب يجب به الرد، وقال بعضهم: ليس بعيب، فذلك تكاذب ولايرد)"[٤٨٤].

٤٨٣- وثائق في الطب الإسلامي : ص ٦٠ - ٦٦.

٤٨٤- تبصرة الحكام جـ ٢ ص٧٤.

الفـرع الرابـــع

الكتابة

المراد بالكتابة هو مايكتبه المريض من إقرار يثبت موافقته وإذنه للطبيب باجراء العمل الطبي.

وكذلك مايكتبه الطبيب من تقارير وبيانات عن الحالة الصحية للمريض ومايتعلق بالمريض للرجوع إليها عند الحاجة لها.

والكتابة مشروعة متطلبة في كل شيء حيث قال الله تعالى: (وليكتب بينكم كاتب بالعدل)[٤٨٥].

والأمر بالكتابة في هذه الآية عنوان مشروعيتها، سواء في ذلك إنصراف الأمر للوجوب أو الندب، ثم أن حفظ المعلومات الخاصة بالإذن بالمعالجة، وبحالة المريض الصحية ومراحل علاجه التي مر بها لايتم إلا بكتابتها في أوراق مرتبة.

وعليه ينبغي أن تكون جميع الأعمال الطبية مبنية على الكتابة كما ينبغي أن تكون كتابتها بعبارات واضحة في مدلولها على المعنى المراد من وضعها له وفي هذا يقول الإمام الجصاص[٤٨٦] (وعليه التحرز من العبارات المحتملة للمعاني وتجنب الألفاظ المشتركة وتحري تحقيق المعاني بألفاظ مبنية خارجة عن حد الشك والإحتمال)[٤٨٧].

وما يجري عليه العمل الطبي في هذا العصر أن يكون لكل مريض ملف طبي

٤٨٥- البقرة الآية ٢٨٢.

٤٨٦- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص إمام الحنفية في عصره كان ذا ورع وزهد له تصانيف منها أحكام القرآن وشرح أسماء الله الحسنى توفي رحمه الله سنة ٣٧٠هـ.

٤٨٧- الجصاص- أحكام القرآن، جـ ١ ص٤٨٤.

يحتفظ فيه بكل مايتعلق به من أحوال، ولاشك أن هذا الأمر مما تندب إليه الشريعة الإسلامية قياساً على الأمر بالكتابة في المداينة، بجامع المصلحة المرجو تحقيقها من الكتابة وتوثيقها قال الإمام أبو عبد الله ابن عرفه (الأمر بالكتابة مصلحة دنيوية وهي حفظ المال، ومصلحة دينية وهي السلامة من الخصومة بين المتعاملين)[٤٨٨]. وقد أشار الإمام الماوردي[٤٨٩] [على أنه ينبغي أن يكتب القاضي على ظهر كل وثيقة اسم صاحبها وتاريخ كتابتها ثم يختمها بخاتمه ويحفظها عنده في مكان أمين] وعلى هذا فالواجب على الطبيب وعلى أصحاب المستشفيات أن يحفظوا جميع الوثائق والمستندات الطبية موثقة مؤرخة في مكان أمين بعيداً عن أن تصل إليه يد تغير مافيها من معلومات)[٤٩٠]

٤٨٨- تفسير الإمام ابن عرفه :٢/٧٧٩.

٤٨٩- أبو الحسن على بن عمر بن حبيب البصري الماوردي فقيه أصولي مفسر أديب ولد رحمه الله سنة ٣٦٤هـ. له الحادي الكبير في فروع الشافعيه وتفسير القرآن الكريم وآدب الدنيا والدين والأحكام السلطانية وغيرها توفي رحمه الله سنة ٤٥٠هـ (معجم المؤلفين، جـ٧ ص١٨٩ وشذرات الذهب، جـ ٣ص٢٨٥).

٤٩٠- الماوردي-أدب القاضي -مطبعة العاني-بغداد ١٣٩٧هـ، جـ ٢ ص٧٧.

المطلب الثاني
إثبات مسئولية الطبيب في النظم الوضعية

تعرضنا في المطلب الأول من هذا المبحث لكيفية اثبات مسئولية الطبيب في الشريعة الإسلامية، ونعرض هنا لإثبات مسئولية الطبيب في النظم الوضعية ولقد كانت مسئولية الطبيب محلاً لجدل فقهي كبير بين شراح القوانين الوضعيه على فريقين الأول يرى الإعفاء المطلق للأطباء من المسئولية عن أخطائهم بحسبان أن الطبيب لديه من الشهادات والمؤهلات مايكفي لمنحه أهلية ممارسة المهنة[٤٩١]، وعلى أساس أن مهنة الطب لاتتقدم إلا إذا كان الطبيب لديه تفويض كامل وحرية واسعة عند ممارسته لمهنته شأنه في هذا شأن القاضي الذي لا يمكن أن يسأل عن غش أو محاباة لغيره.

بل إن هذا الفريق ذهب إلى أكثر من ذلك، إذ ألقى على عاتق المريض عبء إختيار طبيبه فإن أهمل أو قصر في هذا الإختيار فإنه يتحمل تبعة ذلك، على حين يذهب فريق آخر[٤٩٢] إلى رفض نظرية الإعفاء المطلق للأطباء من كل مسئولية لأن الهدف من الاجازة العلمية هو حماية المواطنين بإسناد مباشرة هذه المهنة إلى نوعية من المتخصصين، ولكنه لم يقصد أن يجعل حاملها فوق المساءلة أو معصوماً من كل خطأ، كما أن النصوص العامة الواردة في المسئولية لم تفرق بين الطبيب وغير الطبيب كما لايصح الاستناد إلى رأي المريض وتحميله تبعة سوء إختياره لأنه ليس من أهل الخبرة في المسائل الطبية ويكون حكمه على الطبيب مرجعه إلى عدم

٤٩١- د. محمد مصطفى القللي - المسئولية الجنائية- سنة ١٩٤٤، العمدي ص ٢٣٥ - القاهره.

٤٩٢- د. فوزيه عبد الستار/ مصر النظرية العامة للخطأ غير العمدي رقم ٧٦ ص (٢٢٨)- وراجع ايضا د. سامح السيد جابر اثبات الدعوى الجنائيه بالقرائن بحث مقارن طبعه ١٩٨٤/مصر ص ٢٣.

الدراية في أغلب الأحيان هذا إلى جانب أن خطأ المجني عليه يمثل إعفاء من المسئولية وإن كان له دوره في تخفيفها ونعرض لموضوع إثبات الخطأ في النظم الوضعيه على النحو التالي:-

أولاً: عبء الإثبات:

وفقاً للقواعد العامة فإن المريض «المدعي» هو الذي يقع عليه عبء إثبات عناصر دعوى المسئولية من خطأ وعلاقه السببية وضرر.

وربما لايجد صعوبة في إثبات ماأصابه من ضرر إلا أن إثبات خطأ الطبيب وعلاقة السببية قد يكتنفه كثيراً من الصعوبات.

ذلك أن إثبات خطأ الطبيب يختلف بحسب طبيعة الإلتزام الذي يلتزم به فغالباً مايكون إلتزام الطبيب ببذل عناية وترتيباً على ذلك فإنه يتعين على المريض حتى يثبت خطأ الطبيب بتخلفه عن الوفاء بالتزامه إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو إنحرافه عن الأصول المتعارف عليها في مهنة الطب مع الأخذ في الإعتبار الظروف الخارجية المحيطه به[٤٩٣] وهذا الأمر بالنسبة للمريض في غاية الصعوبة لأنه إن لم يجد من يبصره بذلك من الأطباء المهرة فإن حقه يضيع وأرى أن يتم نقل عبء الإثبات على عاتق الطبيب حيث يتعين عليه هو أن يثبت أنه إتبع الأصول العلمية ولم يشب عمله أي تقصير أو إهمال أو خطأ حتى تنتفي مسئوليته.

أما في حالة كون إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة فإن الأمر في إثباته سهلاً إذ يكفي لإقامة مسئولية الطبيب إثبات الإلتزام الذي يقع على عاتقه بالإضافة إلى حدوث الضرر[٤٩٤].

٤٩٣- السنهوري الوسيط، جـ١ ص٧٤٢.

٤٩٤- محمد حسين منصور - المسئولية الطبية ص ١٢٦.

ولا تنتفي مسئولية الطبيب إلا إذا أثبت أن مالحق بالمريض من أضرار، يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ المريض نفسه أو خطأ الغير فهو بذلك ينفي رابطة السببية بين فعله والضرر، وكذلك يمكن لطبيب أن يدفع مسئوليته بإثبات قيام حالة الضرورة التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال[٤٩٥].

وكذلك الحال في شأن إثبات رابطة السببية، حيث يتجه القضاء بصفة عامة إلى إلقاء عبء الإثبات على المريض فعلية أن يثبت أن خطأ الطبيب هو الذي تسبب في مالحقه من ضرر.

فمجرد نسيان قطعة من الشاش أو ضمادة في بطن المريض لايكفي للقول بأن ذلك سبباً فيما لحلق المريض من أضرار، مالم يثبت المريض أن ذلك الفعل قد أدى إلى إلتهاب الجرح أو سوء حالته الصحية.

ثانياً: طرق الإثبات

ويمكن للمريض أو ذويه التقدم بشكوى إلى جهات التحقيق مباشرة عن طريق الإدعاء المباشر ضد الطبيب[٤٩٦] أو تقديم شكوى إلى الجهة التابع لها الطبيب إشرافيًا ويكون له إثبات هذا الخطأ بكل طرق الإثبات من كتابة أو إقرار أو شهادة أو مستندات طبية صادرة من مراكز طبية متخصصة تؤكد اخلال الطبيب بالتزاماته المتعارف عليها[٤٩٧].

وغالب الحال في مثل هذه الأمور ونظراً لدقتها وفنيتها أن يتم إحالة أوراق الدعوى إلى الطب الشرعي لتقرير الحالة ومدى ثبوت الخطأ في جانب الطبيب من

٤٩٥- المرجع السابق، ص ١٢٧.

٤٩٦- آمال عثمان - الادعاء المباشر - دروس على طلبه دبلوم العلوم الجنائية - حقوق القاهرة - ١٩٧٦.

٤٩٧- آمال عثمان - المرجع السابق- ص ١١٦.

عدمه، ويأخذ القاضي تقرير الطبيب الشرعي في الاعتبار، ويتم تحديد العقاب أو التعويض على ضوء مايسفر عنه هذا التقرير، لأن الغالب في مثل هذه الدعاوى أنها تتضمن أموراً فنية لايستطيع القاضي أن يحكم فيها برأيه.

لذلك فإن القاضي يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة، إلا أنه ينبغي ملاحظة أن الخبير وإن كان يساعد القاضي في إستنباط الخطأ في المجال الطبي فإن دوره لايتعدى كونه خبيراً، إذ أن القاضي وحده يستقل بالتكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب[٤٩٨] فالقاضي ليس ملزماً بالأخذ برأي الخبير إذا ظهر فساده أو إذا ظهر له أن رأي الخبير يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعاً وسلامة من الناحية القانونية.

ولكن له الأخذ برأي الخبير وأقواله إذا أقتنع أنها واضحة الدلالة على خطأ الطبيب وللقاضي السلطة المطلقة في إستنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكوين قناعته، ولا رقابة عليه فيما يحصل عليه من بينة متى أقام حكمه على أسباب سائغة[٤٩٩].

٤٩٨-محمد حسين منصور - المسئولية الطبية - ص ١٣٣.

٤٩٩- المرجع السابق ص ١٣٢.

المبحث الثاني
آثار مسئولية الطبيب

تمهيد:

متى ثبت وقوع الخطأ من جانب الطبيب تحركت مسئوليته المدنية والجنائية، وكان لزاماً أن يتم مؤاخذته عما بدر منه من تصرف ألحق الضرر بالمريض، وتحديد آثار مسئولية الطبيب يتوجب التعرض لهذه المسئولية وآثارها في الفقه الإسلامي وفي النظم الوضعية. لذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول : آثار مسئولية الطبيب في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: آثار مسئولية الطبيب في النظم الوضعية.

المطلب الأول
آثار مسئولية الطبيب في الشريعة الإسلامية

آثرنا أن نعالج هذا المطلب في فرعين الفرع الأول نعرض فيه آثار المسئولية المدنية في الشريعة الإسلامية وفي الفرع الثاني نعرض فيه آثار المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول
آثار المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية

إذا ثبتت مسئولية الطبيب المدنية فإنه يجب عليه الضمان، ولذلك سوف أستعرض الحالات الموجبة لضمان الطبيب أثناء مزاولته مهنته وهي:-

الحالة الأولى : حالة المتطبب الجاهل الذي أغرَّ بالمريض.

الحالة الثانية: حالة الطبيب الحاذق الذي لايتقيد بأصول مهنته عند الأداء.

الحالة الثالثة: حالة الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها لكنه أخطأ أثناء

مباشرة عمله.

الحالة الرابعة::حالة الطبيب الحاذق الذي يتقيد بأصول مهنته الفنية ويزاول علمه بدون إذن من جانب المريض أو وليه أو الحاكم.

ولبيان ذلك نعرض لكل حالة على حدة بالتفصيل[٥٠٠]:-

(١) **الحالة الأولى**: حالة المتطبب الجاهل الذي أغرَّ بالمريض والجهل هنا يشمل الجهل الكلي مثل: أن يكون الطبيب جاهلاً بجميع معلومات الجراحة وكيفية تطبيقها ومثال الجهل بالتخدير بالنسبة للمخدر والجهل بالأشعة بالنسبة لمصور الأشعة ونحو ذلك، أما الجهل الجزئي فمثل: أن يكون الطبيب عالماً بجزء من المهنه أو بالمعلومات كلها ولكن يجهل الطريقة التي يتم بها تطبيق تلك المعلومات:

والأصل في إيجاب ضمان الضرر الناشيء عن فعل الأطباء والمساعدين في هذه الحالة ثابت في السنة عنه عليه الصلاة والسلام من قوله «مَنْ تطبب ولم يعلم منه الطب قَبْل ذلك فهو ضامن»[٥٠١] حيث دل ظاهر هذا الحديث على أن الطبيب الجاهل ملزم بضمان مانتج عن عمله، وقوله عليه الصلاة والسلام (من تطبب) عام يشمل طب الأدوية والجراحة، قال الإمام ابن القيم في شرحه لهذا الحديث: «والطبيب - في هذا الحديث - يتناول من يطبه بوصفه وقوله وهو الذي يخص باسم الطبائعي، وبمروده وهو الكحال وبمبضعه ومراهمه وهو الجرائحي. وبموساه وهو الخاتن، وبريشته وهو الفاصد وبمحاجمه ومشرطه وهو الحجام وبوصله ورباطه وهو المجبر وبمكواته وناره وهو الكواء وبقربته وهو الحاقن، فاسم الطبيب يطلق لغة على هؤلاء كلهم جميعاً كما تقدم وتخصيص الناس له ببعض أنواع الأطباء عرف

٥٠٠- ابن القيم-الطب النبوي-مكتبة الحياة بيروت ١٤٠٧هـ ، ١٣٥ ومابعدها، وأنظر كذلك في هذا الموضوع أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها للدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي-مكتبة الصديق -الطائف ١٤١٣هـ ص٤٨٩ ومابعدها.

٥٠١- رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده وأخرجة الحاكم أيضاً - وقد سبق تخريجه..

حادث»[٥٠٢] فتبين من عموم دلالة قوله عليه الصلاة والسلام «من تطبب» على أنه شامل للطبيب أياً كان تخصصه وأن تخصيص العرف للفظ الطب ببعض أنواعه لايمنع من إعتبار الأصل الموجب لشموله جميع فروع الطب، كما يبين دخول الطبيب الواصف بالقول والفعل وفي حكمه الطبيب الفاحص، ومن هذا كله نخلص إلى القول بإيجاب الضمان على كل طبيب قام بفعل أي مهمة من المهمات الطبية في حال جهله بذلك ونتج عن فعله ضرر بالمريض. وكما دلت السنة على إيجاب الضمان على هذا الصنف من الأطباء، فقد دل الإجماع كذلك قال ابن رشد الحفيد: «لاخلاف أنه إذ لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد»[٥٠٣]. وهذا الإجماع وإن كان بصيغة غير جازمة في حكاية الإتفاق فإنما تؤكده عبارات الفقهاء التي ذكروها في كتبهم على إختلاف مذاهبهم وكلها دالة على إيجاب الضمان على الطبيب الجاهل[٥٠٤]. وقال الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي: «ولو قطع الحجام لحماً من عينه وكان غير حاذق فعميت فعليه نصف الدية»[٥٠٥]. وقوله «وكان غير حاذق» المراد به أنه جاهل بتلك المهمة التي قام بفعلها ثم بين حكمه وأنه يجب عليه الضمان نصف الدية، لأن العين من الأعضاء المثناة في جسم الإنسان تضمن الدية كاملة بتلف كلتا العينين ونصف الدية بتلف الواحدة منهما كما هو الحال في

٥٠٢- ابن القيم -الطب النبوي - ص ١٣٧.

٥٠٣- ابن رشد-بداية المجتهد ونهاية المقتصد- جـ٢ ص٤١٨.

٥٠٤- هو الشيخ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعدي الشهير بابن نجيم فقيه أصولي توفي رحمه الله سنة ٩٧٠ من الهجرة وله مصنفات منها.
البحر الرائق شرح كنز الدقائق شرح منار الأنوار في الأصول، الأشباه والنظائر (معجم المؤلفين عمر كحاله جـ٤ ص١٩٢).

٥٠٥- الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٩٠ ومثله في الدر المختار للحصكفي جـ٢ ص٢٩٠.

مسألتنا[٥٠٦]. وقال الشيخ أحمد بن غنيم النقراوي المالكي[٥٠٧] «إن عالج بالطب المريض ومات من مرضه لاشيء عليه بخلاف الجاهل أو المقصر فإنه يضمن مانشأ عن فعله»[٥٠٨].

فاعتبر الجهل بالفعل موجباً لضمان مانشأ عن ذلك الفعل من ضرر وقال الشيخ شهاب الدين قيلوبي الشافعي «شرط الطبيب أن يكون ماهراً بمعنى أن يكون خطؤه نادراً وإن لم يكن ماهراً في العلم فيما يظهر فتكفي التجربة وإن لم يكن كذلك لم يصح العقد ويضمن »[٥٠٩] فقوله «إن لم يكن كذلك» أي لم يكن معروفاً بمهارته لابالعلم أو التجربة وذلك هو الجاهل، ثم نص على حكمه بأنه لايصح التعاقد معه وألزمه الضمان وذلك إذا نتج عن فعله الضرر. وقال الإمام أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي الحنبلي «إن يكونوا ذوي خبرة في صناعتهم ولهم بصارة ومعرفة لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع وإذا أقدم مع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن سرايته كالقطع إبتداء»[٥١٠]، ومؤدى هذا أن الطبيب إذا كان جاهلاً وأقدم على التطبب كان ضامناً لكل ماينشأ عن فعله من ضرر وبهذه العبارات يتأكد مما تقدم ومن حكاية ابن رشد الحفيد أن هناك إجماع على إيجاب الضمان على الطبيب الجاهل. وكما دل دليل النقل على إيجاب الضمان على هذا الصنف من الأطباء فقد دل دليل العقل أيضاً على إيجابه، وقد أشار الإمام ابن قدامة المقدسي

٥٠٦- أجمع العلماء على أن الأعضاء المثناة في الإنسان كالعينين واليدين والرجلين والأذنين ونحوهما تجب الدية بتلفهما ونصف الدية بتلف العضو الواحد منهما (الإجماع لابن المنذر ص ٧٣).

٥٠٧- هو الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم المهنا النفراوي المالكي ولد سنة ١٠٤٣ من الهجره وهو فقيه مشارك في بعض العلوم توفي سنة ١١٢٥هـ وله مصنفات كثيرة منها: الفواكه الدوائي على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (معجم المؤلفين عمر كحالة جـ٢ ص ٤٠).

٥٠٨- النفراوي -الفواكه الدوائي-دار المعرفة- بيروت- ١١٢٠هـ، جـ ٢ ص ٤٤٠. ومثله في تبصرة لابن فرحون الحكام جـ٢ ص٢٤٣ .

٥٠٩- حاشية قيلوبي وعميرة ، جـ٣ ص ٧٨.

٥١٠- ابن قدامة - المغني والشرح الكبير- الطبعة الثانية مطبعة المنار-مصر١٣٤٦هـ جـ٦ ص١٢٠.

في عبارته المتقدمة إلى ذلك الدليل، وهو أن الطبيب الجاهل يجب الضمان عليه إذا باشر القطع كالجاني، بجامع كون كل من الفعلين محرماً شرعاً، وبهذا كله تجتمع دلالة النقل والعقل على إيجاب الضمان على الأطباء الجاهلين، وعبارات العلماء التي سبق ذكرها وإن كانت في ظاهرها مختصة بالأطباء إلا أنها تعتبر أصلاً نُلحق به كل من كان في حكمهم كالمخدر والمصور بالأشعة والمناظير والممرضين ونحوهم فكل هؤلاء ينزلون منزلة الأطباء في إيجاب الضمان عليهم إذا أقدموا على فعل أي مهمة وهم جاهلين بها علمياً أو نظرياً أو علمياً ونظرياً، لإتحاد الموجب فيهما وهو إقدام الجميع على أداء مهمة في حال جهلهم بها وهذا الحكم من شريعتنا الغراء يعتبر غاية في العدل، وفيه صيانة لأرواح الناس وأجسادهم من العابثين بإدعائهم العلم والمعرفة غشاً وزوراً فأما وجه العدل فلأن هؤلاء تسببوا في التلف والأضرار بإجساد الآخرين، ولم يتوفر في فعلهم الإذن الشرعي بجواز أقدامهم على ذلك الفعل الموجب للتلف، فكان المرضى مظلموين بما أصابهم من ضرر، فوجب إنصافهم بتضمين هؤلاء الجاهلين كما هو الحال في غيرهم ممن يخطىء ويتسبب في ضرر غيره. ولايُشكل على الحكم بوجوب الضمان عليهم أن يقال، إن هؤلاء الأطباء الجاهلين إذا كانوا كالمعتدين والجناة، كما يفهم من كلام الإمام ابن قدامة الموجب لضمانهم فإنه كان ينبغي إيجاب القصاص عليهم لاالضمان، لأن ذلك هو حكم القاطع المعتدي في قطعه؟ إلا أنه يجاب على هذا القول بكون هؤلاء وإن كانوا في حكم القاطع المعتدي من جهة إقدامهم على فعل غير مأذون به شرعاً، إلا أنه قد تخلف فيهم قصد الإعتداء الموجب لإعتبار فعلهم جناية عمد موجبة للقصاص بل إنهم في الغالب إنما يقصدون الإحسان، ويتمنون زوال الآلام لما في ذلك، من ربح لهم بأخذ الأجرة المستحقة فكانت هذه شبهة موجبة لدرء القصاص عنهم[٥١١] ولذلك كان من شرط هذه الحالة إنتفاء قصد الإضرار إخراجاً للحالة الآخرى المشتملة على

٥١١- قال الإمام ابن المنذر أجمعوا على أن درء الحد بالشبهات، الإجماع لابن المنذر ص٦٩.

قصده وهي الموجبة للقصاص.

وأما صيانة الشريعة لأرواح الناس وأجسادهم بهذا الحكم فلأنه يتضمن زجر الغير عن الإقدام على فعل أي مهمة بغيره «خاصة إذا كانت خطرة كالجراحة» في حال جهله بتلك المهمة، إذ بمجرد علمه أنه سيضمن كل مايترتب على فعله من ضرر فإنه سيرجع عن الإقدام على فعلها دفعاً للضمان عن نفسه، وحينئذ لايقدم على علاج الناس في أجسادهم إلا من كان واثقاً بعلمه وعمله، فتسلم تلك الأجساد من تدخل الجاهلين وأضرارهم.

وأما إشتراط إنتفاء علم المريض بجهل الطبيب فذلك مبني على أنه لو علم بجهله ومكنه من فعل المهمة التي يجهلها فإنه حينئذ يعتبر راضياً بماينشأ عن فعله من أضرار ومن ثم يسقط حقه في المطالبة بضمان ماأتلفه ذلك الطبيب الذي أذن له بالعمل، ولايتعارض مع وجوب الضمان في هذه الصورة وجود إذن المريض بالفعل نفسه الذي نتج عنه الضرر، لأن ذلك الأذن قد تم بناء على تغرير الأطباء ومساعديهم له بإدعائهم المعرفة والعلم بتلك المهمة ولو علم أنهم جاهلون بها فإنه في الغالب سيمتنع عن تسليم نفسه إليهم وتمكينهم من معالجته، ونظراً لوقوع هذا التدليس كان إذنه غير مؤثر في إسقاط المسئولية عنهم [٥١٢] بخلاف إذنه للأطباء الذين توافرت فيهم الأهلية المعتبرة. ومن ثم قال الإمام ابن القيم «إذا تعاطى علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة فقد أقدم على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على مالم يعلمه فيكون قد غرر بالعليل فيلزمه الضمان لذلك وهذا عليه إجماع من أهل العلم» [٥١٣].

الحالة الثانية

٥١٢- أشار الشيخ محمد علي النجار إلى عدم إعتبار إذن المريض بفعل الجراحه على هذا الوجه موجباً لإسقاط الضمان: انظر مقاله «حول مسؤولية الأطباء» منشور بمجلة الأزهر المجلد العشرون عدد محرم سنة ١٣٦٨ص٥٢.

٥١٣- ابن القيم-الطب النبوي- ١٠٩.

حالة الطبيب الحاذق الذي لايتقيد بأصول مهنته عند الأداء. وتتحقق هذه الحالة في صورتين الأولى مجاوزة الحد المعتبر عند أهل المعرفة والإختصاص والثانية التقصير في أداء الواجب من جانب القائم بالعمل الطبي فأما النوع الأول فمن أمثلته في الطبيب الجراح مجاوزته في قطع الختان الحد المعتبر عند أهل الإختصاص فيزيد في قدر الجزء المقطوع ومن أمثلته في طبيب التخدير أن يزيد في قدر مادة التخدير أو يختار مادة أشد ضرراً من غيرها بدون وجود دواعي موجبة لذلك الاختيار. ومن أمثلته في المصور بالأشعة أن يزيد في قدر الجرعة الإشعاعية التي يسقطها على الموضع المراد تصويره أو يكرر تصوير المريض بالأشعة والأخطار المترتبة عليها.

ومن أمثلة النوع الثاني الذي يتمثل في التقصير في أداء الواجب إقتصار الطبيب الجراح على إستئصال بعض الداء وترك باقيه مع قدرته على إستئصاله ودون وجود موانع معتبرة طبياً تحول دون قطع ذلك الجزء المتبقي، وكذلك طبيب التخدير يختار مادة ضعيفة التأثير فينتج عن ذلك تعرض المريض للإفاقة أثناء الجراحة ويتألم بسبب ضعف مادة التخدير وعدم إزالتها للإحساس الموجود في موضع الجراحة. ففي كلا هذين النوعين يعتبر الأطباء ومساعدوهم مخلين بالأصول المعتبرة عند المختصين وقد نص الفقهاء على إيجاب الضمان في حال المجاوزة للموضع المعتبر عند المختصين أو التقصير في أداء مايجب على الطبيب فعله.

قال الشيخ محمد بن الحسين الطوري الحنفي[٥١٤] ويستفاد من مجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان»[٥١٥] فبين بقوله «حتى إذا عدم أحدهما» أن الطبيب لو تجاوز الموضع

٥١٤- هو الشيخ محمد بن الحسين بن علي الطوري الحنفي مؤرخ فقيه من آثاره الفواكه الطورية في الحوادث المصرية- تكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (معجم المؤلفين عمر كحالة جـ٩ ص٤٤٧- ٤٤٨).

٥١٥-عبد القادر بن عثمان الطوري -تكملة البحر الرائق-مطبعة دار المعارف-بيروت ، جـ ٨ ص ٣٣.

المحدد في مهمته فإنه يلزمه الضمان، وقال الإمام إبراهيم بن فرحون المالكي أما إذا كان جاهلاً أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه أو قصر عن المقدار المطلوب ضمن»[٥١٦] فقوله «أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه» متعلق بحالة الزيادة عن القدر المطلوب عمله أثناء المهمة الجراحية وقوله «أوقصر فيه عن المقدار المطلوب» متعلق بحالة النقص عن القدر المطلوب عمله أثناء المهمة فأعتبر الحالتين موجبة للتضمين. وقال الشيخ زكريا الأنصار الشافعي «وإن ختن الأجير حرا أو حجّمه بلا تقصير وكذا إن كان المفعول به ذلك عبدا، ولاتقصير فمات لم يضمن لعدم ثبوت اليد على الحر ولعدم التفريط في غيره»[٥١٧] ومفهوم قوله بلا تقصير أنه إن قصر ضمن ويشهد لذلك قوله عند بيانه لعلة الحكم بعدم التضمين «لعدم التفريط» وقال الإمام أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي الحنبلي: «وأما إذا كان حاذقاً وجنت يده مثل أن يتجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها أو قطع في غير محل القطع السلعة من إنسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة يكثر ألمها أو في وقت لايصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله»[٥١٨]. فبين وجوب الضمان على الطبيب إذا تجاوز الحدود المعتبره في عمله الجراحي أو قصر فيها بأن استعمل آلات لاتصلح للعمل الجراحي بالشكل المطلوب أو كان عمله في وقت لاتصلح فيه الجراحه.

من هذا كله نخلص إلى إعتبار الفقهاء لايجاب الضمان ثبوت المجاوزه في المهمه للحدود المعتبرة عند أهل المعرفة أو التقصير فيها.

الحالة الثالثة

٥١٦- ابن فرحون تبصرة الحكام جـ٢ ص٢٤٣.

٥١٧-أبو زكريا الأنصاري - أسنى المطالب شرح روض الطالب-المطبعة الميمنية-مصر- ١٣١٣، جـ٢ ص ٤٢٧، وكذلك نص الإمام الشافعي في الأم ، ص ١٦٦.

٥١٨- ابن قدامة المغني والشرح الكبير جـ٦ ص١٢ ومثله في المبدع لابن مفلح جـ٥ ص١١٠-١١١.

وهي حالة الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها لكنه أخطأ أثناء العمل: وفي هذه الحالة يتضرر المريض بفعل غير مقصود من قبل الطبيب وليس من جنس العمل الطبي ومثاله: أن تتحرك يد الطبيب الجراح بلا شعور منه فيقطع شرياناً أو يجرح موضعاً فيتضرر المريض بذلك وفي التصوير بالأشعة : تنحرف يد المصور فتسقط الأشعة على موضع غير الموضع المراد تصويره ويؤدي ذلك إلى حدوث تلف في الجلد ونحو ذلك. وفي التصوير بالمناظير: تتحرك يد المصور بها أثناء إدخاله أو إخراجه لها فتؤدي تلك الحركة غير المقصودة إلى حدوث خدش في الأمعاء. ولما كان الفعل الموجب للضرر في هذه الصورة ليس من الأفعال المتعلقة بالمهنة بل هو خارج عنها فإنه يعتبر من قبيل جناية الخطأ يطالب الأطباء ومساعدوهم بالضمان إعمالاً للأصل المقرر عند العلماء من وجوب ضمان جناية الخطأ سواء أدت إلى تلف النفس أو شيء من الأطراف قال تعالى ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا [٥١٩] ..الآيـه﴾. فقد دلت هذه الآية الكريمة على وجوب ضمان النفس المتلفة خطأ. وهي عامة شاملة للخطأ الناشيء عن الأطباء وغيرهم. وقد حكى الإمام ابن المنذر[٥٢٠] الإجماع على وجوب تضمين الطبيب الذي أخطأ فأدى خطؤه إلى التلف فقال: (وأجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر والحشفة أو بعضها فعليه ماأخطأ بــه يعقله عنه العاقلة)[٥٢١] ولايشكل على هذا ماتقدم غيره،

٥١٩- سورة النساء آية ٩٢.

٥٢٠- هو الإمام أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري قال عنه الحافظ السيوطي رحمه الله (كان على نهاية من معرفة الحديث وكان مجتهداً لايقلد أحدا توفي رحمه الله بمكة سنة ٤٨٠ من الهجره وله مصنفات منها الاشراف في اختلاف العلماء والإجماع .(طبقات المفسرين للسيوطي ص ٢٨ معجم المؤلفين عمر كحالة جـ٨ ص٢٢٠).

٥٢١- الإجماع لابن المنذر ٧٤ وممن نص على تضمين الطبيب في حال جنايته على وجه الخطأ الإمام ابن القيم والشيخ عبد الله بن سلمون المالكي رحمهما الله (ابن القيم- تحفة المودود بأحكام المولود-دار الكتب العلمية - بيروت- ص ١٥٢ العقد المنظم للحكام جـ ٢ ص٨٠ بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون).

من نصوص الفقهاء التي تدل على إسقاط الضمان عن الطبيب في حال عدم تعديه لأن المراد بتلك الحالة أن يكون الفعل الذي نشأ عنه الضرر واقعاً على النحو المعتبر عند أهل الإختصاص وهذا مخالف لما نحن فيه لأن الفعل الذي نشأ عنه الضرر لم يقع موافقاً لما اعتبره أهل الإختصاص بل هو خارج بالكلية عنه فوجب إلحاقه بالجناية غير المقصودة.

الحالة الرابعة:

حالة الطبيب الحاذق الذي يتقيد بأصول مهنته الفنية إلا أنه يزاول عمله بدون إذن المريض أو الولي أو الحاكم: وفي هذه الحالة يتخلف الإذن من قبل المريض ويقع العمل الطبي وفقاً للأصول المتبعة عند أهل الاختصاص ولكن قد يقع خطأ يتسبب في حدوث ضرر بجسم المريض سواء أدى إلى وفاته أو إلى جرحه. وهنا ينشأ السؤال: هل يلزم الطبيب بضمان ذلك الضرر الناتج عن فعل الجراحة نظراً لعدم وجود إذن المريض ووليه أولا يلزم بذلك نظراً لعدم تعديه في الفعل. إختلف الفقهاء في هذه المسألة وذلك على قولين القول الأول: وهو مذهب الحنفية[٥٢٢] والمالكية[٥٢٣] والشافعية[٥٢٤] وجمهور الحنابلة[٥٢٥] وهم يذهبون إلى وجوب الضمان في هذه الحالة والقول الثاني وبه قال الإمام[٥٢٦] ابن حزم الظاهري وبعض فقهاء الحنابلة ويذهبون إلى القول بعدم وجوب الضمان في هذه الحالة والقائلون بوجوب التضمين يعولون على[٥٢٧] أن الأصل يقتضي إيجاب الضمان فإذا أذن المكلف

٥٢٢- الطورى تكلمة البحر الرائق جـ ٨ ص٣٣.

٥٢٣-ابن فرحون - تبصرة الحكام جـ٢ ص٢٤٣.

٥٢٤- روضة الطالبين للنووي ١٦٤/٩، ١٦٥ ونسب هذا القول إليهم الدكتور أحمد محمد إبراهيم في مقاله: مسئوليه الأطباء مجلة الأزهر المجلد ١٩ عدد ذي القعده عام ١٣٦٧هـ وعزاه إلى المهذب للشيرازي ٣٠٦/٢.

٥٢٥- ابن قدامة -المغني والشرح الكبير- جـ٦ ص١٢١.

٥٢٦- ابن حزم المحلى جـ١٠ ص٤٤٤.

٥٢٧- علاء الدين بن سليمان المرداوي الحنبلي-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف-مطبعة السنة المحمدية-مصر ١٣٧٦هـ.

كان مسقطاً لحقه بذلك الإذن وإذا لم يأذن بقي حكم الأصل الموجب للتضمين[٥٢٨].

واستدل القائلون بإسقاط الضمان بدليل الكتاب والسنة:

أ- دليلهم من الكتاب:

١- قوله تعالى[٥٢٩]: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) وجه الدلالة: أن الطبيب إذا أقدم على فعل الجراحة قاصداً نفع المريض ولم يتعد في فعله كان معيناً لذلك المريض على الطاعة والبر بشفائه من علته التي تعيقه عن تلك المصالح الدينية[٥٣٠].

٢- وقوله تعالى ﴿ماعلى المحسنين من سبيل﴾.[٥٣١]

وجه الدلالة:

أن الطبيب محسن بفعله فلاسبيل عليه بالضمان[٥٣٢]

ب- **دليلهم من السنة:** حديث أسامه بن شريك رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء)[٥٣٣].

وجة الدلالة: أن الطبيب ممتثل لأمر الشرع بمداوته للغير ولو بغير إذنه. والرأي الراجح في تقديري هو تضمين الطبيب الجراح إذا أقدم على فعل الجراحة بغير إذن المريض متى نشأ ضرر عن فعله ذلك، استناداً إلى مايأتي:

أولاً: لصحة ماذكره أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال القائلين بعدم تضمينه فيجاب عليه بما يلي:

٥٢٨- هذا الدليل مفهوم من كلام الإمام ابن قدامة وابن القيم رحمهما الله. أنظر المغني والشرح الكبير لابن قدامه ١٢١/٦ تحفة المودود لابن القيم ١٥٣.

٥٢٩- سورة المائدة ٢.

٥٣٠- ابن حزم المحلى جـ ١٠ ص٤٤٤.

٥٣١- سورة التوبة ٩ آية ٩١.

٥٣٢- المحلي لابن حزم ٤٤/١٠.

٥٣٣- المحلي لابن حزم ٤٤٤/١٠.

أما الآية الأولى : فيجاب عنها بأنه ليس من البر أن يقدم الطبيب على إيلام المريض وإلحاق الضرر به بدون رضاء منه وبذلك ينتفي وصف المعالجة لكونها من البر على هذا الوجه بل هي متضمنة للإعتداء والأضرار مادام أن المريض غير راض بفعلها. ثم لوقلنا بجواز فعل الأطباء بدون إذن المرضى بناء على أنهم قاصدين للبر للزم منه أن يقال بجواز أخذ التجار (الذين يحسنون صنعة التجارة) لأموال الناس ولو بغير رضاهم ليتاجروا بها، وينفعوهم بتلك المتاجرة وإذا خسروا لاضمان عليهم إذ لم يتعدوا، وهذا لم يقل به أحد فإذا انتفى اعتبار ذلك في الأموال فمن باب اولى أن ينتفي إعتباره في الأبدان التي هي أعظم حرمة عند الله تعالى وتلفها لايمكن تعويضه بخلاف المال.

وأما الآية الثانية: فإنه يجاب عنها بأن الطبيب لايعتبر محسناً في حال إقدامه على جرح الغير والإضراربه بفعل الجراحة من غير إذنه ورضاه بل هو سعى إلى ذلك الغير بإيلامه والتسبب في جرحه بدون إذنه.

ب- **دليلهم من السنة:** أما حديث أسامة رضي الله عنه فيجاب عنه: بأن الإستدلال به مبني على أن التداوي واجب بناء على ظاهر الأمر الوارد فيه والصحيح أن التداوي مندوب لورود الدليل الصارف لهذا الأمر عن ظاهره ، لهذا كله نرى القول بوجوب تضمين الطبيب إذا أقدم على معالجة المريض بدون إذنه وترتب على فعله ضرر بذلك المريض.

الفرع الثاني

آثار مسئولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية

إذا كان فعل الطبيب المخالف للأصول المتعارف عليها محركاً للمسئولية المدنية فإنه من باب أولى محرك للمسئولية الجنائية أو الجزائية ويصبح الطبيب معرضاً للقصاص أو لعقوبة تعزيرية و سنعرض هنا للحالتين:-

١- **القصاص** يعتبر القصاص أثراً من الآثار المترتبة على ثبوت مسئولية الطبيب الجنائية، وذلك في حالة واحدة وهي إذا ثبت أن الطبيب كان قاصداً قتل المريض أو إتلاف شيء من جسده، وأنه إتخذ من مهمة الجراحة ستاراً لجريمته، فإنه يقتص منه سواء كان الضرر موجباً لإتلاف النفس أو كان موجباً لإتلاف الأطراف وتحققت الشروط المعتبرة للقصاص[٥٣٤] قال الشيخ خليل بن إسحاق المالكي[٥٣٥] في مختصره عند بيانه للصور الموجبة للقصاص «كطبيب زاد عمداً» [٥٣٦].

قال الشيخ أحمد الدردير[٥٣٧]، في شرحه: قوله «كطبيب». المراد به من باشر القصاص من الجاني«زاد» على المسافة المطلوبة «عمداً» فيقتص منه بقدر مازاد »[٥٣٨].

فلم يلتفت إلى وصف الطبيب وإنما إلتفت إلى قصده، ولا يعارض هذا ورود

٥٣٤- ابن جزيء- قوانين الأحكام الفقهية ص ٣٧٤.

٥٣٥- هو الشيخ خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المعروف بالجندي فقيه مشارك في علوم العربية والحديث والفرائق والأصول والجدل توفي رحمه الله بمكة سنة ٧٦٧ من الهجرة وله مصنفات منها: المختصر في فروع الفقه المالكي مناسك الحج شرح ابن الحاجب معجم المؤلفين عمر كحالة ٤,١١٣، ١١٤.

٥٣٦- المختصر لخليل ص ٣١٧.

٥٣٧- هو الشيخ أحمد بن حمد بن أحمد العدوي المالكي الشهير بالدردير ولد بمصر سنة ١١٢٧ من الهجرة وتولى الإفتاء فيها سنة ١٢٠١هـ.

ومن مؤلفاته: أقرب المسالك، فتح القدير في أحاديث البشير والنذير ورسالة في متشابهات القرآن (معجم المؤلفين عمر كحالة جـ٢ ص٦٧).

٥٣٨- شرح الدردير جـ٤ ص٢٩٥.

العبارة في حق الطبيب الذي يقوم على القصاص لأنه في حكم الطبيب المداوي فكل منهما قائم بمهمة مأذون فيها شرعاً وإختلاف الحالين لاتأثير له، ولذلك نص الشيخ محمد الدسوقي[٥٣٩] على وجوب القصاص على الطبيب المداوي إذا قصد الاعتداء وذلك بقوله: «إنما لم يقتص من الجاهل لأن الفرض أنه لم يقصد ضرراً وإنما قصد نفع العليل أورجا ذلك وأما لو قصد ضرره فإنه يقتص منه»[٥٤٠]. فدل هذا على مشروعية القصاص من الطبيب القاصد للإعتداء بالجراحة عموماً «في النفس والأطراف».

وهذا الحكم الذي قضى به هؤلاء الفقهاء يتفق مع الأصل الشرعي الذي دلت عليه نصوص الكتاب العزيز قال تعالى﴿ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى﴾[٥٤١]. وقال سبحانه ﴿ولكم في القصاص حياة ياأولي الألباب﴾[٥٤٢] "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص» فدلت هذه الآيات الكريمة على وجوب القصاص في النفس والأطراف وشملت بعمومها الأطباء وغيرهم وقد أكدت السنة المطهرة ذلك كما ثبت عنه أن النبي ﷺ قال (لايحل دم أمريء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس ...)[٥٤٣].

فدل هذا الحديث على وجوب القصاص في النفس والأطراف والطبيب داخل

٥٣٩- هو الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي عالم مشارك في الفقه والكلام والنحو والبلاغة والمنطق وغيرها ولد رحمه الله بدسوق من قرى مصر وتوفي في القاهره سنة ١٢٣٠هـ وله مصنفات منها حاشية على شرح الدردير المختصر خليل على شرح سعد الدين التفتازاني على التخليص في البلاغة حاشية على مغنى اللبيب في النحو (معجم المؤلفين عمر كحالة جـ٨ ص٢٩٢).

٥٤٠- حاشية الدسوقي جـ٤ ص٢٩٥.

٥٤١- سورة البقرة ٢ آية ١٧٩.

٥٤٢- سورة المائدة آية ٤٥.

٥٤٣- رواه البخاري في صحيحه ١٨٨/٤.

في عموم دلالتها وبتعمد الطبيب للقتل والقطع للعضو بقصد الضرر خرج عن كونه طبيباً إلى كونه معتدياً وأصبح وصفه بأنه طبيب لاتأثير له لإخراج عمله بتلك الجناية عن حدود مهنة الطب ومقاصدها.

وهذا الأثر قل أن يوجد عند الأطباء، لما عُرف عنهم من الحرص على نفع مرضاهم وهم محل حسن الظن ولذلك نجد الفقهاء يعتبرون هذا الأصل فيهم ومن ثم قال بعضهم عند بيانه لعلة إسقاط القصاص عن الطبيب إذا تعدى « والأصل عدم العداء إن أدعى عليه ذلك»[٥٤٤].

فالأصل في الأطباء أنهم إنما يقصدون شفاء مرضاهم والإحسان إليهم وإنما المقصود من إيراد هذا الأثر هنا بيان حكمه شرعاً على فرض حدوثه رغم ندرته.

٢- التعزير:

يترتب هذا الأثر على ثبوت جهل الطبيب وعدم إتباعه الأصول العلمية المعتبرة عند المختصين، فأما الجهل فإنه لاإشكال في تعزير صاحبه لما في ذلك من الكذب والتدليس على الناس على وجه يتضمن الإستخفاف بحرمة أرواحهم وأجسادهم، الأمر الذي يوجب معاقبة صاحبه بما يردعه ويزجر غيره عن فعله، فلو فتح هذا الباب للناس وترك المتطببون على حالهم لأدى ذلك إلى مفسدة عظيمة، فوجب قفل السبل المفضية إليها بتعزيز كل من سولت له نفسه الإقدام على معالجة المرضى بدون علم ودراية، ولذلك نجد من الفقهاء من إعتبر هذا الأثر وحكم بعقوبة المتطبب الجاهل قال الشيخ محمد بن يوسف المالكي:

«فإن أخطأ كأن تزل يد الخاتن، أو يقلع غير الضرس التي أمر بها فهي من جناية الخطأ إن كان من أهل المعرفة وإن غر من نفسه عوقب فقوله «إن غر من نفسه عوقب» المراد به أن يكون جاهلاً غر العليل فإدعى علمه بالطب وأخطأ في مهمته

٥٤٤- حاشية الدسوقي ٤/ ٢٩٥.

وقوله: «عوقب» المراد به أن يعزر وقد ورد ذلك صريحاً في نقل الإمام إبراهيم بن فرحون المالكي عن بعض فقهاء المالكية[٥٤٥].

قال ابن عبد السلام: وينفرد الجاهل بالأدب ولايؤدب المخطيء»[٥٤٦] فالمراد بالأدب تعزيزه بما يردعه عن العود إلى غش الناس وتعريض أرواحهم وأجسادهم للتلف.

وكما يعزر المتطبب في جسده كذلك يعزر بمنعه عن مهنة الطب التي يجهلها فلولي الأمر الحق في الحجر على هذا الصنف ومنعه من الإضرار بالناس لأن ذلك محقق للمصلحة المُنّصب من أجل تحصيلها، وموجب لدرء المفسدة المُنّصب من أجل دفعها، ولهذا نجد بعض الفقهاء ينصون على الحجر على المتطبب الجاهل إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول (يتُحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام)[٥٤٧].

قال الشيخ زين الدين بن نجيم عند بيانه لفروع هذه القاعدة «ومنها: جواز الحجر على البالغ العاقل الحر عند أبي حنيفه رحمه الله، في ثلاث، المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس، دفعاً للضرر العام)[٥٤٨] فقوله دفعاً للضرر العام فيه إشارة إلى أن منع هذا الصنف من الأطباء وإن كان يتضمن الإضرار بهم من ناحية كسبهم المادي إلا أنه مبني على دفع ضرر أعظم من ذلك الضرر الذي لحق بهم وهو الضرر العام الذي سيلحق المجتمع بسبب المتطبب الجاهل، أما تعزير الطبيب الذي خرج عن الأصول العلمية فذلك إنما يكون في حالة عدم وجود عذر مقبول عند الأطباء المختصين لخروجه بأن خرج على وجه الإهمال والتقصير فحينئذ

٥٤٥- التاج والإكليل للمواق ٤٣٩/٥.

٥٤٦- تبصرة الحكام لابن ترجون ٢٤٣/٢.

٥٤٧- الاشباه والنظائر لابن نجيم ٧٨، قواعد الفقه للمجددي ١٣٩ شرح القواعد الفقهية للزرقاء ١٤٣، ١٤٤ .

٥٤٨- الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٨، ونص على مثله الشيخ علاء الدين الحصفكي والشيخ أحمد الزرقاء انظر المختار للحصفكي ٢٢٣، شرح القواعد الفقهيه للزرقاء ١٤٤.

ينبغي تعزيره من جهة أنه أخل بالواجب الذي ينبغي عليه القيام به على وجهه الخاص، وأنه ملتزم بذلك في عقده مع المريض أو مع المستشفى فإذا قصر أو أهمل فإنه ينبغي تأديبه على ذلك التقصير والإهمال صيانة لأرواح الناس ودمائهم إذ لو ترك من دون عقوبة فإنه سيعود إلى ذلك الاهمال والتقصير ويعتاده في الغالب وبالتعزير يرتدع وينزجر غيره وتعزير الطبيب على هذا الوجه ليس فيه ظلم له بل هي عقوبة مبنية على وجود مايبررها ويدعو إليها.

وينبغي على القاضي أن يرد ذلك التقصير والإهمال إلى أهل الخبرة ويتعرف عن طريقهم على عظيم جرم الطبيب في إخلاله ومن ثم يقرر مايراه مناسباً لعقوبته وزجر غيره ، وتثور مسألة هامة قد تكون واردة في الواقع العملي كثيراً وهي هل يعزر الطبيب إذا أقدم على المعالجة بدون إذن المريض أو وليه.

أشار إلى هذه المسألة الإمام إبراهيم بن فرحون المالكي بقوله: قال ابن عبد السلام وينفرد الجاهل بالأدب ولايؤدب المخطئ وهل يؤدب من لم يؤذن له فيه نظر»[٥٤٩] فظاهر قوله« فيه نظر» يدل على أن القول بتأديبه محتمل ويقوي إعتباره إذا نظرنا إلى مخالفة الطبيب للشرط المعتبر لجواز عمله إضافة إلى أنه تسبب في ضرر المريض وإيلامه ثم إننا لو لم نقل بتعزيره خاصة في هذا الزمان لأدى ذلك إلى فتح باب الخصومات فكان الأولى القول بإعتبار التعزير في هذه الحالة.

لكن نستثني من الحكم بتعزير الطبيب إذا أقدم على فعل التطبيب بدون إذن المريض الحالات الإضطرارية التي يجب عليه فيها التدخل بدون موافقة المريض أو

٥٤٩- تبصره الحكام لابن فرحون ٢/٢٤٣.

وليه لأنه يؤدي واجباً شرعياً في إنقاذ حياة ذلك المريض أو المصاب، ولاشك أن الضرورات تبيح المحظورات فالحالات الإسعافية كحالة الغيبوبة والحوادث تتطلب المبادرة العاجلة لإنقاذ حياة المصاب، والإذن هنا مفترض شرعاً، حيث دعت إليه المصلحة وأقره ولي الأمر.

المطلب الثاني
آثار مسئولية الطبيب في النظم الوضعيه

عرضنا فيما سبق من هذا الفصل لمبدأ وحدة الخطأ في كل من نوعي المسئولية، وإلى أن القواعد العامة في المسئولية لم تفرق بين طبيب وغيره في القول بقيام المسئولية من عدمها، فمتى ثبت وجود الخطأ تحركت المسئولية بشقيها الجنائي والمدني وإن كانت الأخيرة مرجعها إلى تقدم صاحب الحق«المريض أو ذويه» للمطالبة بالحق المدني[٥٥٠]. وسوف نعرض هنا لنوعي المسئولية بادئين بالمسئولية المدنية ثم نأتي بعدها بالمسئولية الجنائية ثم نظهر العلاقة بينهما:-

١- المسئولية المدنية:

المسئولية المدنية قوامها الخطأ والضرر، وتوافر علاقة السببية بينهما وهي على نوعين المسئولية العقدية والمسئولية التقصرية وكلا النوعين يفترض حدوث الخطأ[٥٥١] وهي في العقدية تتحقق في إخلال الطرف الثاني وهو الطبيب بإلتزامات العقد وهي في الثانية تتحقق في إخلال الطبيب بالواجبات العامة وأصول مهنته، والمسئولية العقدية تقوم عندما يخل الطبيب بإلتزاماته التي يفرضها عليه العقد سواء كان ذلك إيجابياً أم سلبياً، والإخلال الإيجابي متصور في كل خطأ يأتي به الطبيب مخالفاً لشروط العقد المكتوب وأبرز صور هذا النوع تعاقد الشركات أو المؤسسات مع طبيب للعلاج عنده، والإخلال السلبي أي الإمتناع يتمثل في الإمتناع عن علاج المريض دون مبرر مقبول، ومن المدهش حقاً أنه في سبيل التخفيف على

٥٥٠- سليمان مرقس- دروس لطلبة القسم الخاص- سنة ١٩٥٧م ص١١، وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني جـ٢ ص ١٢٠، وكذلك الأستاذ/ مصطفى مرعي- المسئولية المدنية في القانون المصري ص١١٠.

٥٥١- حسين عامر- المسئولية المدنية- مصر - ص ١١٢.

الطبيب فقد ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى إعتبار مسئولية الطبيب الذي إرتبط بعقد مع مريضه عن الخطأ الفني مسئولية تقصيرية في حين أنها تكون عقدية عن خطئه العادي إلا أن القضاء المصري كان له موقفاً مختلفاً في هذا الخصوص حيث قضى بأن المريض الذي أبرم مع الطبيب عقداً يسأل الطبيب مسئولية عقدية عن كل تقصير في مسلكه الطبي الذي لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني[٥٥٢] أما المسئولية التقصيرية فهي تلك التي تقوم في كل حالة يرتكب فيها الطبيب خطأ يحدث ضرراً بالغير مع توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

والواقع أنه لما كان الخطأ في المسئولية المدنية لايختلف في معناه عن المسئولية الجنائية فإنه أيضاً من الملاحظ عدم إختلاف هذا الخطأ من حيث درجة الجسامة بين الخطأ العقدي والتقصيري، فمتى ثبت هذا أو ذاك في جانب الطبيب إنعقدت مسئوليته وحق للمضرور المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر[٥٥٣] وللقاضي وحده سلطة تقدير التعويض بناءً على قناعته في القضية المنظورة أمامه.

٢- المسئولية الجنائية:

عرضنا آنفا أن الخطأ في نوعي المسئولية، له مفهوم واحد وهو إخلال الطبيب بما تفرضه عليه القواعد العلمية والفنية، وإرتبط هذا الخطأ بحدوث النتيجة وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بإدانة طبيب وصيدلي عن جريمة قتل خطأ بقولها أنهما تسببًا نتيجة إهمالهما وعدم إحتياطهما ومخالفتهما للتعاليم الطبية في وفاة المريض باعطائه دواء دون الإستيثاق من نوعه[٥٥٤].

كما قضت أيضاً بمسئولية الطبيب عن خطئه لإنحرافه في أداء واجبه ببذل

٥٥٢- نقض مدني مصري ١٩٦٩/٦/٢٦م. م. ف. س. ٢ رقم ١٦٦ ص ١٠٧٥.

٥٥٣- د. محمد لبيب شنب خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية . مصر مكتبة الجزاء الحريشه. المنصوره سنه ١٩٩٠ ص٥٨.

٥٥٤- نقض جنائي ١٩٥٩/١/٢٧ مجموعة أحكام النقض المصرية- س ١ رقم٢٣ ص ٩١.

عنايه يقظه صادقة في سبيل شفاء المريض، مما تسبب في الأضرار به وتفويت فرصة شفائه إذ أمر بنقله إلى مستشفى آخر دون إحالته إلى القسم المختص لفحصه وإتخاذ مايجب في شأنه مما أدى إلى وفاته، [٥٥٥] وفي حكم آخر قضت بأن التعجيل بالوفاة مرادف لإحداثها في توافر علاقة السببية وإستحقاق المسئولية[٥٥٦] ومن ثم يتضح أن التزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ومن ثم إذا ماصدر منه خطأ يخالف الأصول المعمول بها والمتعارف عليها طبياً فإنه يكون مسئولاً عن قتل غير عمدي أو جرح غير عمدي يوقعه تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في أحكام القتل غير العمدي سواء كان هذا الخطأ في مرحلة الفحص أو التشخيص أو العلاج أو تحرير التذاكر الطبية أو الإشراف ومتابعة العلاج والخطأ في كلا النوعين قد يكون خطأ فردياً أو قد يكون مشتركاً أو صادراً من المجني عليه أو الغير ونعرض لهذه الصور على النحو التالي:-

أ- الخطأ الفردي الصادر من الطبيب:-

الأصل قيام مسئولية الطبيب في هذه الحالة عن الخطأ الذي يقع منه أو من أحد مساعديه إذا كان الأخير منفذاً لأمر صادر له من الطبيب، ولذلك قضت إحدى محاكم الكويت ببراءة ممرضة قامت بتعبئة وتجهيز المحلول الذي زودها به الطبيب في حقن وسلمتها له، وقام بحقن المريض ثم توفى الأخير على إثر ذلك، وتبين أن المحلول كان عبارة عن سائل لتنظيف البلاط[٥٥٧]. وأيضاً قيام مسئولية الطبيب الذي قام بعلاج مريض من كثرة عرق كف اليد فترتب على ذلك شلل في الذراع الأيمن.[٥٥٨]

٥٥٥- نقض مدني ١٩٦٦/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض المدني-المصرية- س ١٧ رقم ٨٨ ص ٦٣٦٠.

٥٥٦- نقض جنائي ١٩٧٠/٤/٢٠ مجموعة أحكام محكمة الجنائي س ٢١ رقم ١٤٨ ص ١٢٦.

٥٥٧- حكم مستأنف الكويت قضية رقم ٦٥/ ٨٩/٤٩٤٣/٩٠.

٥٥٨- استئناف كويتي في ٢١٦ / ١٩٨٩ رقم ١١٥٢، ١٩٨٨/١٢٥٧ تجاري غير منشور مشار إليه د. اسامه قايد - المسئوليه الجنائيه للأطباء - ص (١٢٥).

ب- الخطأ الصادر من الغير:

ويتمثل هذا في حالة الفريق الطبي الذي يعمل مع الطبيب والذين يتم تعيينهم من جانب مدير المستوصف أو المستشفى، حيث ذهب الرأي الراجح إلى تطبيق نظرية المتبوع العرضي في هذه الحالة التي تعني بأن الشخص يكون تابعاً دون إرتباط بالمتبوع العرضي برابطة خضوع عادية ومستمرة، فإنه يكون في مركز من توجه إليه الأوامر والتعليمات من المتبوع[٥٥٩].

جـ- خطأ المجني عليه أو المريض.

الأصل المعمول به في الأنظمه الوضعية أن خطأ المريض أو المجني عليه ليس سبباً للإعفاء من المسئولية عن الفعل وإن كان تأثيره قد يقع في التخفيف من الأثر المترتب على قيام هذه المسئولية[٥٦٠].

د- إرتباط الدعوى الجنائية والمدنية:-

الأصل أن الخطأ كما قدمنا لايختلف مفهومه في كلا النوعين من المسئولية ولايختلف أيضاً بالنظر إلى العلاقة بين الطبيب والمريض، وما إذا كانت علاقة عقدية أم تقصيرية، إنما الخلاف الوحيد بين الدعويين هو أن الدعوى المدنية لايتم رفعها إلا بناء على طلب من المضرور أومن ورثته أو ذويه، على خلاف الحال في الدعوى الجنائيه التي يقوم فيها المجتمع بدور ممثل الأدعاء ومن ثم يتعين إظهار الفروق التالية:-

١- إن عدم رفع الدعوى المدنية من جانب المدعي بالحق المدني لايترتب عليه عدم رفع الدعوى الجنائية أو إيقاف الفصل فيها لأن هذه الدعوى من حق المجتمع الذي وقع الإعتداء على حق من حقوقه وهذا الحق هو المحافظة على أفراده

٥٥٩- لبيب شنب/ المرجع السابق ص ١٣٩ ومابعدها.

٥٦٠- محمود نجيب حسني - القسم العام ص ١٢٥ ومابعدها.

أصحاء دون إعتداء أو مساس بهم.

٢- إن تنازل المدعي بالحق المدني عن دعواه بالمطالبة بالتعويض لاتحول دون رفع الدعوى الجنائية أو إيقاف الفصل فيها في حالة سابقة لرفعها وتحريكها من جانب النيابة العامة.

٣- إن التصالح بين الفاعل والمضرور أو ذويه ليس له من أثر على الدعوى الجنائيه وإن كان له أثره في الدعوى المدنية الخاصة بالمطالبة بالتعويض.

٤- إن سقوط الدعوى الجنائية أو إنقطاعها ليس له من أثر على الدعوى المدنية التي يحق للمضرور أو ورثته السير فيها لمطالبة الطبيب أو ورثته من بالتعويض عما أصابهم من ضرر.

٥- إن الحكم الصادر بالبراءة في الدعوى الجنائية إذا كان مستنداً إلى عدم كفاية الأدلة لايحول دون السير في إجراءات الدعوى المدنية سواء من جانب المصاب أو ورثته أوذويه إنما الحكم الذي يكون مستنداً إلى أسباب موضوعية في البراءة وأهمها عدم ثبوت الخطأ في حق الطبيب يكون له أثره على الدعوى المدنية.

المطلب الثالث

مقارنه بين نظرة الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية

تناولنا فيما سبق إثبات مسئولية الطبيب في الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية، ومن خلال ذلك يتضح لنا مايلي:

أولاً:- فيما يخص عبء الإثبات:

يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أنه يقع على المدعي المتضرر أن يثبت خطأ المتعدي ووقوع الضرر وفي حالة تعارض البينتين فإن إثبات السبب المحدث للضمان يرجح إحدى البينتين على الأخرى، ففي ضمان العقد (المسئولية العقدية) يتم التمييز بين يد الضمان ويد الأمين فالقاعدة الفقهية «الأمين مصدق باليمين» والبينة التي توافق الأصل تقدم على تلك التي تعارض الأصل، أما في نطاق المسئولية التقصيرية (ضمان التعدي) يتعين على المدعي المتضرر إثبات خطأ المعتدي وأنه سبب تضرره تمشياً مع القاعدة العامة في الفقه الإسلامي التي تقضي «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» مالم يكن سبب حدوث الضرر راجعاً لسبب لايد للفاعل فيه..

ثانياً: فيما يخص طرق الإثبات:

في الفقه الإسلامي يوجد رأيان الأول وهو رأي الجمهور الذي يحصر طرق الإثبات في الإقرار وشهادة عدلين واليمين والنكول عن اليمين والقسامة وعلم القاضي والقرينة القاطعة، أما الرأي الثاني ويقول به ابن القيم (*) الذي ذهب إلى القول بحرية القاضي في الإثبات فإنه يتفق مع الإثبات في النظم الوضعية،حيـــث

(*) إبن القيم/ الطرق الحكيمة فى السياسة الشرعية/مكتبة المؤيد/ الطائف ـ السعودية ط١ ص١١ ، ١٤١٠هـ

للمــــدعي أن يثبت دعواه بأي طريق من طرق الإثبات، إلا أن النظم الوضعية تقدم الدليل الكتابي على الشهادة على خلاف الحال بالنسبة للفقه الإسلامي حيث يقدم الشهادة على أي دليل آخر."[٥٦١] .

ثالثاً: من حيث أثار المسئولية:

١- ففي الفقه الإسلامي تسري أثار المسئولية في الحياة الدنيا وفي الآخرة، بينما هي في القانون الوضعي دنيوية أي في الحياة الدنيا فقط.

٢- تتفق القوانين الوضعية مع فقه الشريعة الإسلامية في دفع الضرر والتعويض عنه من حيث المبدأ.

٣- وفي نطاق التعويض عن الضرر الأدبي لافرق في الأنظمة الوضعية بين الضرر الأدبي والمادي بينما يمكن قبول فكرة التعويض عن الأضرار الأدبية في الفقه الإسلامي من حيث المبدأ خلافاً لما ذهب إليه الدكتور مصطفى الزرقا، (حيث يرى أنه مادامت الشريعة الإسلامية قد فتحت مجالاً واسعاً لقمع الضرر بالزواجر التعزيزية ولأن قبول هذا المبدأ له محذور واضح هو أن مقدار التعويض إحتياطي محض لاينضبط بضابط، بينما يظهر في أحكام الشريعة الإسلامية الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض، وهذا متعذر هنا وكثيراً مانسمع أرقاماً بالملايين يحكم قضاة القانون بها تحت مزاعم مايسمى بالضرر الأدبي ولو تأملناها ملياً لوجدنا أنها في منتهى التفاهة)"[٥٦٢] .

٤- تعوض القوانين الوضعية عن الأضرار الواقعة والمحتملة ومافاته من كسب ومالحقه من خسارة وهذا بخلاف الشريعة الإسلامية التي لاتعوض إلا عن الضرر المحقق والمؤكد ولاتعوض عن الأضرار غير المؤكدة، وفي هذا عدل ورحمة بوضع الشيء في موضعه"[٥٦٣] .

٥٦١- وهبة الزحيلي - الضمان ص ٢٧٠.

٥٦٢- مصطفى أحمد الزرقا-الفعل الضار والضمان فيه ص ١٢٤.

٥٦٣- د. وهبة الزحيلي-نظرية الضمان -ص٩٦.

المبحث الثالث
اثبات مسئولية الطبيب
في النظام السعودي

عرضنا في المبحثين السابقين لطرق إثبات مسئولية الطبيب والآثار التي تترتب على ثبوت مثل هذه المسئولية سواء في الشريعة الإسلامية أو النظم الوضعيه ونعرض هنا لإثبات مسئولية الطبيب والأثار المترتبة عليها في النظام السعودي فنحدد أولاً الواجبات التي يفرضها النظام على الطبيب وكيفية إثبات إخلاله بها ثم آثار ثبوت مسئولية الطبيب التي تترتب على هذا الإخلال كل منها في مطلب مستقل

المطلب الأول
واجبـــات الطـــبيب

حدد النظام في الفصل الثاني من القرار الصادر بتنظيم مباشرة مهنة الطب[٥٦٤] الواجبات والإلتزامات الملقاة على عاتق الطبيب، ويمكن تقسيمها إلى واجبات نحو المجتمع والسلطات القائمة عليه، وواجبات نحو مرضاه، وأخيراً واجبات نحو زملائه، ولما كنا بصدد بيان قيام المسئولية عن العمل الطبي الذي يمثل مساساً بجسم المريض، لذلك سوف نقصر البحث على بيان واجبات الطبيب نحو مرضاه دون الأولى والثانيه، ولقد ورد بيان هذه الواجبات في الفرع الثاني من الفصل الثاني من النظام المشار إليه عاليه. ويمكن تحديد هذه الواجبات في النقاط التاليه:-

١- الإلتزام بأداء الفحص والتشخيص ملتزماً بالعناية اللازمة مستعيناً بالوسائل الفنيه ومن تستدعي ظروف الحال الإستعانة بهم من الأخصائيين أو المساعدين.

٢- أن يقدم للمريض مايطلبه من تقارير عن حالته الصحية ونتائج الفحوصات مراعياً في ذلك الدقة والموضوعية

٣- عدم جواز الإعتذار عن علاج مريض إلا لأسباب مقبولة شخصية أو لأسباب مهنية م (١٨).

٤- وجوب تنبيه المريض أو ذويه في حال ما إذا أرتأى الإستعانة أو إستشارة طبيب آخر وأن يوافق على الإستعانة بطبيب آخر في حالة ما إذا طلب المريض أو ذويه ذلك م (١٩).

٥- وجوب تنبيه المريض أو ذويه إلى ضرورة إتباع مايحدده لهم من طلبات

٥٦٤- صدر نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان بالمملكة العربية السعودية بالمرسوم الملكي رقم م/٣ وتاريخ ١٤٠٩/٢/٢١هـ. وصدرت اللائحة التنفيذية للنظام بالقرار الوزاري رقم ١٧/٢٨٨/ل وتاريخ ١٤١٠/٦/٢٦هـ.

وتحذيرهم من خطورة النتائج التي تترتب على عدم مراعاتها بعد شرح الوضع العلاجي أو الجراحي وآثاره، وللطبيب في حالة الأمراض المستعصية أو تلك التي تهدد حياة المريض بالخطر أن يقدر وفقاً لما يمليه عليه ضميره مدى ملاءمة إخطار المريض أو ذويه بحقيقة المرض مالم يكن قد حظر عليه ذلك أو حدد شخصاً أو أشخاصاً يقتصر الاخطار عليهم (م ٢٠).

٦- وجوب الحصول على موافقة المريض أو ذويه على إجراء العمل الطبي ماعدا حالات الحوادث أو الطوارىء التي تستدعي التدخل الطبي العاجل لانقاذ المريض أو المصاب أو إنقاذ عضو من أعضائه وتعذر الحصول على موافقة ورضاء المريض أو من يمثله . م (٢٠) ولا يجوز إنهاء حياة مريض ميئوس من شفائه ولو طلب هو ذلك .

٧- وجوب المحافظة على الأسرار التي علم بها عن طريق مهنته ولا يجوز له إفشاءها إلا في أحوال معينة أولها وجوب صدور موافقة كتابية من المريض على ذلك أو صدور أمر بذلك من جهة قضائية أو اذا كان المرض من الأمراض المعدية، أو كان المقصود من الإفشاء الإبلاغ عن وفاة ناجمة عن حادث جنائي أو الحيلولة دون إرتكاب جريمة وفي هذه الحالة يكون الإفشاء للسلطة العامة أو اذا كان الافشاء لدفع إتهام موجه للطبيب من المريض أو ذويه.

٨- عدم جواز اجهاض الحامل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك ومع ذلك يجوز الإجهاض اذا لم يكن الحمل قد اتم أربعة اشهر وثبت بطريقة أكيده أن في استمراره أضرار جسيمة بصحة الأم م ٢٤٠)، وإثبات هذا يكون بقرار من لجنة طبية تشكل طبقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية للنظام والواقع أن هذه الصور التي أوردها النظام في الفرع الثاني واردة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ودليل ذلك أن نص المادة (١١) جاء

بقاعدة عامة مؤداها أن العمل الطبي يجب أن يستهدف دائماً مصلحة المريض، وعلى الطبيب أن يبذل جهده لكل مريض، فاذا كان العمل الذي قام به الطبيب ليس مستهدفاً منه تحقيق صالح المريض، وترتب عليه إلحاق الضرر به، فإن الطبيب يكون محلاً للمساءلة ولو لم يكن الإخلال ميسوراً إدخاله تحت أي صورة من الصور التي عددها النظام في هذا الفرع .

المطلب الثاني
إثبات مسئولية الطبيب

إيماناً من النظام بأن الفصل في موضوع خطأ الطبيب هو من مسائل الخبرة التي تحتاج إلى خبراء يصدرون الرأي الصحيح في شأن هذه الأفعال فقد نص في المادة (٣٤) على تشكيل لجنة أطلق عليها اللجنة الطبية الشرعية وهي مشكلة من عنصر قضائي وعناصر أخرى طبية حيث يرأسها قاض لا تقل درجته عن الدرجة (أ) يعينه وزير العدل وعضوية (مستشار نظامي يعينه وزير الصحة،عضو هيئة تدريس من إحدى كليات الطب في الجامعات السعودية يعينة وزير التعليم، طبيبان من ذوي الخبرة والكفاءة يعينهما وزير الصحة)

وقرارات هذه اللجنة تصدر بالأغلبية على أن يكون فيها القاضي ويجوز التظلم من قرارها خلال ستين يوماً أمام ديوان المظالم وتختص هذه اللجنة الشرعية بالاتي:-

- النظر في الأخطاء الطبية التي ترفع بها مطالبة بالحق الخاص (دية/ تعويض/أرش)
- النظر في الأخطاء الطبية المهنية التي ينتج عنها وفاة أو تلف عضو من أعضاء الجسم أو فقد منفعة أو بعضها حتى ولو لم يكن هناك دعوى بالحق الخاص ويلاحظ هنا أن تشكيل اللجنة جاء موفقاً حيث ترك تحديد الخطأ الطبي إلى أعضاء اللجنة ويكون دور رئيس اللجنة هو أعمال أحكام النظام في هذا الخصوص أي أن اللجنة الطبية الشرعية تتصدى لبيان نوعية خطأ الطبيب وإثباته سواء كان ذلك بناء على طلب خاص من المريض أو ذويه أو بناء على ما أحالته عليها اللجان المشكلة المنصوص عليها المادة (٣٦) من

النظام، وتطبق قواعد الإثبات وطرقه الشرعية في إثبات مسئولية الطبيب لكون الشريعة الإسلامية بمثابة القانون العام في المملكة العربية السعودية فهي المهيمنة على جميع الإجراءات والنظم فيها.

وعلى ضوء ذلك تقوم اللجنة ببحث الحالة للوقوف على التقييم الصحيح لعمل الطبيب ومدى مشروعيته من عدمه فإن ثبت لها عدم مشروعيته قامت مسئوليته عن أفعاله فإن كان عمله مشروعاً، كنا بصدد حالة إنتفاء للمسئولية.

المطلب الثالث
الآثار المترتبة على ثبوت الطبيب

اذا ماثبت وجود الخطأ فيما قام به الطبيب من أعمال تحركت في مواجهته أنواع ثلاث من المسئولية أولها المسئولية المدنية والثانية المسئولية الجزائية وأخيراً المسئولية التأديبية، والأخيرة مجالها المحاسبة الإدارية من جانب جهة العمل على إخلال الطبيب بأعماله وليس مجالها هذا العرض، لذلك نقصر نطاق البحث هنا على نوعي المسئولية (المدنية والجزائية).

أولاً: **المسئولية المدنية:** الأصل أن إلتزام الطبيب ومساعديه المقصودين بأحكام هذا النظام، هو إلتزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول الفنية والعلمية المتعارف عليها فإن أتى العمل على جسم المريض مخالفاً هذا الأصل كنا بصدد خطأ يوجب على مرتكبيه التعويض. م (٢٧) (٢٨) من القرار المشار اليه أنفاً وبإستقراء نصوص الفصل الثالث بفرعية الأول والثاني وهما الذين يتحدثان عن المسئولية المدنية والجزائية نخلص إلى الاتي :

١- أن المادة (٢٨) تحدثت عن كل خطأ مهني صدر من الطبيب أو أحد مساعديه وترتب عليه ضرر للمريض فألزمت من إرتكبه بالتعويض وفوضت اللجنة الطبية في تحديد مقدار هذا التعويض، ويلاحظ هنا أن النظام لم يحدد لنا تعريفاً للخطأ المهني، هذا من جانب، ومن جانب آخر أنه أو كل السلطة للجنة الطبية الشرعية في تحديد مقدار التعويض المستحق وتصدي اللجنة المشار اليها في م(٢٨)، يفترض مسبقاً ثبوت الخطأ في عمل الطبيب لديها.

٢- أن النظام في المادة المذكورة أورد صوراً ، لما يمكن أن يطلق عليه خطأ

مهنى وحددها في الآتي :

- الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة.
- الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الألمام بها.
- إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض.
- إعطاء أدوية للمريض على سبيل الإختبار.
- إستعمال آلات أو أجهزة طبية دون أن يكون على علم كاف بطريقة إستعمالها أو دون أن يتخذ الأحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء الإستعمال.
- التقصير في الرقابة والإشراف على من يخضعون لإشرافه وتوجيهه من المساعدين.
- عدم إستشارة من تستدعي حالة المريض الإستعانة به.

ويمكن القول أن هذه الصور وردت على سبيل المثال وليس الحصر ودليل قولنا هذا أن نص م (٢٨) وردت به صياغة تؤكد ذلك حيث ذكر في النص (ويعد من قبيل ذلك) ولو كان المقصود إيراد مثل هذه الصور على سبيل الحصر لكانت الصياغة كالأتي : "ويكون خطأ مهنياً العمل الآتي : "

وضابط قيام المسئولية المدنية في هذه الأحوال هو ثبوت الضرر الواقع على المريض من جراء هذا الفعل:

٣- بطلان أي شرط يتضمن تحديداً أو إعفاءً للطبيب أو أي من مساعديه من المسئولية.

٤- الثابت من تحديد صور الخطأ وإختصاص اللجنة الطبية الشرعية ثبوت وجود الخطأ في جانب الطبيب وإنتفاء العمد عن العمل الذي قام به،

والحق أن تخويل اللجنة الطبية الشرعية مهمة تقدير التعويض المستحق عن الضرر الذي أحدثه العمل الذي قام به الطبيب، هو أمر موفق لأنه تخويل في الإختصاص لصاحبه لكي يكون تقدير التعويض موافقاً ومتناسباً مع الضرر الذي لحق المريض.

ثانياً: المسئولية الجزائية : متى ثبت خطأ الطبيب تحركت المسئولية الجزائية التي حددها النظام في المادة (٢٩/ ٣٠/ ٣١) من الفرع الثاني،ومن إستعراض نصوص هذه المواد يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية :

١- إن العقوبات الواردة في هذا الفرع هي الحد الادنى الواجب الإعمال ولا تحول دون تطبيق أي عقوبة أخرى أشد منصوص عليها في أنظمة أخرى فإن كانت العقوبة الأخرى أقل من هذه العقوبات كانت هذه الأخيرة هي الواجبة التطبيق ودليل هذا الإستخلاص صياغة نص١/٢٩ " دون إخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أنظمة أخرى "

٢- إن العقوبات الواردة في النص المشار إليه بعاليه هي عقوبات للأفعال التي يمكن أن نطلق عليها الأخطاء غير العمدية، وهذه العقوبات هي السجن مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسين ألف ريال أو إحدى هاتين العقوبتين أو الغرامة فقط في أحوال معينة، والثابت هنا أن النظام عول على جسامة العقوبات وليس على خطورة الفعل في تجريم فعل الطبيب الذي يدخل تحت أي طائفة من هذه الأفعال ونعرض لهذه الحالات على النحو التالي :

١- عقوبة السجن مدة لاتتجاوز ستة أشهر أو الغرامة التي لاتزيد على (٥٠٠٠٠) ريال أو إحدى هاتين العقوبتين في

الأحول التالية :

- مزاولة المهنة بدون ترخيص.
- تقديم بيانات غير مطابقة للحقيقة أو أستعمال طرقاً غير مشروعة كان من نتيجتها منحه ترخيصاً بمزاولة المهنة.
- إستعمال وسيلة من وسائل الدعاية يكون من شأنها حمل الجمهور على الإعتقاد بأحقيته في مزاولة المهنة خلافاً للحقيقة
- إنتحل لنفسه لقباً من الألقاب التي تطلق عادة على مزاولي مهنة الطب.
- وجدت لديه آلات ومعدات مما يستعمل عادة في مزاولة مهنة الطب دون أن يكون مرخصاً له بمزاولتها أو دون أن يتوافر لديه مبرر مشروع لحيازتها.
- أمتنع عن علاج مريض دون مبرر.

٢- عقوبة الغرامة التي لاتتجاوز عشرين ألف ريال.

- م (٦) والخاصة بإلتزام وزارة الصحة بإمساك سجلات للأطباء المرخص لهم وإبلاغ الجهات الحكومية التي تعين أطباء للعمل لديها للجهة المختصه بالتسجيل بوزارة الصحة.
- م (١٢) حظر الدعاية في غير الحالات التي تحددها اللائحة التنفيذية أو الإعلان عن تخصصات أو مؤهلات غير حاصل عليها.
- م(١٤) حظر الجمع بين مزاولة مهنة الطب البشري أو طب الأسنان ومهنة الصيدلة أو أي مهنة أخرى يتعارض إحترافها مع مهنة الطب وحظر قبول أو أخذ عمولة أو مكافأة لقاء الترويج أو إلتزام بوصف أدويه أو أجهزة معينة أو توجيه المرضى إلى صيدلية أو مستشفى أو مختبر.
- م(١٥) عدم جواز إجراء الفحوص أو العلاج بمقابل أو بالمجان في الصيدليات أو الأماكن غير المخصصة لذلك ماعدا حالات الضرورة.

- م(١٦/ب) حظر إستخدام غير المرخص له بمزاولة العمل الطبي من المساعدين، م١٦/جـ حظر بيع الأدوية للمرضى أو بيع العينات لهم م ١٦/د تسهيل حصول المريض على أية ميزة أو فائدة مادية أو عضوية غير مستحقة أو غير مشروعة، ١٦/هـ إيواء المرضى في غير الأماكن المعدة لذلك.

٣- عقوبة الغرامة التي لاتجاوز عشرة آلاف ريال لكل مخالفة لأحكام هذا النظام أو لائحته التنفيذية لم يرد نص خاص بها فيه.

وهذه الجرائم محددة على سبيل الحصر وليس المثال أعمالاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حيث لاعقوبة ولاجريمة إلا بنص.

ثالثاً : نتائج ومقترحات:

ومن إستعراضنا لأحكام النظام السعودي في شأن مزاولة مهنة الطب البشري، وخاصة أحكام المبحث الثالث بفرعية الأول والثاني يمكن أن نصل إلى النتائج التالية:

١- من الوارد أن تقوم المسئولية المدنية والجنائية للطبيب في وقت واحد ذلك إذا ماأدى الخطأ الذي إرتكبه هذا الأخير إلى إحداث الضرر وتكون اللجنة الطبية الشرعية صاحبة الإختصاص الأصيل في النظر في طبيعة هذا الفعل وما إذا كان يعد في حكم الخطأ المهني من عدمه، وتقوم بناء على ذلك بتقدير التعويض المستحق عنه.

٢- إن إنتهاء اللجنة الطبية الشرعية إلى عدم ثبوت الخطأ من جانب الطبيب يؤدي إلى إنتهاء الدعوى المدنية أو إلى عدم قيام وجه لها أصلاً أي سواء كان الخطأ قد قدم عنه طلب خاص أو لم يقدم.

٣- إن تنازل المريض أو ذويه عن الشق المدني والخاص بالمطالبة بالتعويض لا أثر

له على الدعوى الجنائية أو التأديبية بحسبان أن إلتزام الطبيب أصلاً هو ممارسة العمل الطبي لصالح المجتمع والفرد في نطاق إحترام حق الإنسان في الحياة الذي يقوم الشرع بحمايته.

٤- إن وفاة الطبيب يترتب عليها إنتهاء الدعوى الجنائية ولكن الحق في التعويض بالدعوى المدنيه لاينتهي إلا بالتنازل من جانب المريض ويلزم به في حالة الحكم به ورثة الطبيب أو عائلته.

ولقد أحسن النظام السعودي صنعاً عندما أوكل أمر الفصل، في مدى إتفاق أو عدم إتفاق فعل الطبيب مع الأصول الطبية المتعارف عليها وتقدير قيمة التعويض في حالات ثبوت هذا الخطأ إلى اللجنة الطبية الشرعية حيث يوجد الآن عدد ست لجان طبية شرعية في المناطق التالية:- مكة المكرمة - المنطقة الشرقية- عسير-القصيم-المدينة المنورة بالإضافة إلى اللجنة الطبية الشرعية بالرياض. وهي لجان حيادية لاتكون مدفوعة بأهواء أو إعتبارات معينة ولم يجعل النظام قراراتها نهائية بل أتاح لاطراف الدعوى حق التظلم في خلال ميعاد معين. وإن كنا نقترح أن يكون تشكيل هذه اللجان من عناصر قضائية، على أن يتم إحالة الشق الفني إلى اللجنة الطبية المساعدة دون أن يذكر فيها اسم الطبيب أو اسم المريض أو الجهة التي تم العلاج فيها وتستعرض اللجنة الطبية المشكلة على النحو الوارد في النظام القائم للحالة بالدراسة محددة نوع المرض ونوع العلاج المتخذ في هذا الشأن ومدى إتفاقه مع الأصول العلمية أو الطبية ثم تعرض تقريرها على اللجنة القضائية الأساسية ويتعين أن يكون هذا التقرير قد إنتهى إلى ثبوت الخطأ أو عدم ثبوته وعلى ضوء هذا التقرير تقضي هذه اللجنة القضائية بالمسئولية والتعويض إن كان له وجه وتكون اللجنة في هذه الحالة درجه من درجات التقاضي إختصها النظام بالفصل في مثل هذه النوعية من الجرائم.

الفصل الخامس

{ إنتفاء مسئولية الطبيب وسقوطها }

(إنتفاء مسئولية الطبيب وسقوطها)

تمهيد :

إذا كان من المسلم به لدى فقهاء الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية، ولا يسقط هذا الفرض عن الطبيب إلا إذا قام به غيره، نظراً لأنه لاغنى للجماعة عن الطب والعلاج، فحق العلاج والتداوي من الحقوق اللصيقة بالحياة الإنسانية، التي تحظى بالإهتمام والرعاية في ظل الشريعة الإسلامية كما أسلفنا سابقاً والقول بأن تعلم الطب فرض كفاية، لا يكون وارداً إلا في الحالة التي يكون في البلدة أكثر من طبيب، فإن خلت من سواه كان هذا الطب والعلاج فرض عين.

ومتى تولى شخص أعمال الطب، وهو متخصص فيه فلا تقوم المسئولية عما يترتب على عمله من نتائج ضارة بالمريض لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة"[٥٦٥] وهذا الأصل هو ما أستقرت عليه القوانين الوضعية، في مشروعية العمل الطبي الذي يتوافر فيه الشروط القانونية، والتي تكاد تجمع على أن شروط صحة العمل الطبي وسلامته هي أساس مشروعية العمل الطبي متى كان العمل قد تم وفق هذه الشروط فإننا نكون بصدد عملٍ مشروع، لأن الطبيب مكلف ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، لذا سوف نتعرض في هذا الفصل لإنتفاء مسئولية الطبيب عن أفعاله وهي التي تستبان بمفهوم المخالفة من عدم توافر شروط مشروعية العمل الطبي ونتناول ذلك في مبحثين الأول شروط المشروعية في الشريعة الإسلامية وفي المبحث الثاني في النظم الوضعية

٥٦٥- عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الإسلامي ص ٥٢٠ وما بعدها ، وأنظر أيضاً حاشية الطهطاوي، على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار جـ ٤ ص ٧٦، فتح القدير جـ ٨ ص ٢٨٦.

المبحث الأول
شروط مشروعية العمل الطبي في الشريعة الإسلامية

الأصل في الفقه الإسلامي أن أساس قيام مسئولية الطبيب عن عملة يكون متحققاً في حاله ثبوت التعدي من جانبه فإذا كان العمل الذي قام به غير مأذون فيه، أو أنه قد تم مخالفاً للأصول العلمية والطبية فإنه يكون مسئولاً عما نتج عن هذا العمل من آثار واذا ما ثبت عكس ذلك نكون بصدد حالة إنتفاء للمسئولية، فشروط مشروعية العمل الطبي هي نفسها شروط إسقاط مسئولية الطبيب.

لذا سوف نعرض لكل من هذه الشروط في مطلب مستقل على النحو الأتي:

المطلب الأول : رضى المريض

المطلب الثاني: إذن الحاكم.

المطلب الثالث: وجوب إتباع الأصول العلمية والفنية.

المطلب الاول
رضا المريض

أثر رضاء المريض في مشروعية العمل الطبي:

يعني برضاء المريض موافقته على قيام الطبيب بأعمال العلاج والتطبيب او رضاء الولي أو الوصي أو الأمين على إجراء هذا النوع من العلاج للمريض إن كان قاصراً أو كانت إرادته معيبة وفي تبيان اثر رضاء المريض في مشروعية عمل الطبيب ذهب الأمام أبو حنيفة إلى أن الفصاد والبزاغ والحجام اذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم ووجه القول عندهم أن الموت حدث بفعل مأذون فيه وهو القطع فلا يكون مضموناً مثل الإمام إذا قطع يد السارق فمات منه "[٥٦٦].

وأجاب الفقيه نجم الدين عندما سأل عن عمل الجراح في صبية سقطت من فوق سطح فأنتفخ رأسها، فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها اليوم تموت وقال أحدهم إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وابريها، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن فتأمل ملياً ثم قال لا، إذا كان الشق بإذن وكان الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم أو العادة فقيل له فإن قال لو ماتت فأنا ضامن هل يضمن قال لا"[٥٦٧] .

ومن هذه الإجابة نخلص إلى أن رضاء المريض أو من ينوب عنه له أثره الهام في إقرار مشروعية الفعل، وقد كان قول الفقيه نجم الدين خير دليل على أن إلتزام

٥٦٦- علاء الدين الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ط أولى مطبعة الجمالية - ١٣٢٨هـ- ١٩١٠م ص ٣٠٥.

٥٦٧- حاشية الطحاوي - ج ٤ ص ٢٧٦.

الطبيب هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة متى إلتزم شروط المشروعية فلا يقوم ضمانه حتى ولو أقر به لأن الشفاء من عند الله وإلى هذا الرأي يذهب الشافعية حيث يقررون أن من عالج أو فصد بأذن ممن يعتبر إذنه فأفضى إلى تلف لم يضمن وإلا لم يفعله أحد[٥٦٨] وإلى هذا أيضاً يذهب الحنابلة حيث يقررون أن من قطع طرفاً من إنسان فيه أكلة أو سلعة بإذنه وهو كبير عاقل فلا ضمان عليه [٥٦٩]. وإذا كان وجود رضاء المريض أو من ينوب عنه له هذا الأثر الفعال في إنتفاء مسئولية الطبيب عن الفعل الذي سبب ضرراً للغير، إلا أنه يثور الجدل في الحالة التي يقوم فيها الطبيب على علاج المريض دون أن يكون لديه إذن من المريض او وليه أي حالة إنتفاء الرضاء ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه في حالة عدم توافر رضاء المريض أو من ينوب عنه بالعمل الطبي، يكون الفعل مضموناً بالقصاص لان هذا العمل هو نوع من الجراحات التي تؤدي إلى تلف[٥٧٠]، ويذهب رأي[٥٧١]، إلى القول بأن الضمان في هذه الحالة يجب أن يكون في بيت مال المسلمين حتى لا يضيع دم مسلم خطأ طبقاً لصريح الآية القرانية " وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا" [٥٧٢].

ويذهب رأي ثالث إلى القول بأنه متى كان الفعل مطابقاً للأصول والقواعد العلمية والفنية، فإنه لا يكون هناك ثمة مسئولية تقع على الطبيب الحاذق، إذا كان

٥٦٨- أبو العباس الرملي - نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج /ط ١٣٨٦، جـ٨ ص ٣٥.

٥٦٩- حاشية الطحاوي - ج ٤ ص ٢٧٦.

٥٧٠-أبن قيم الجوزيه- الطب النبوي- ص ٢٠٩.

٥٧١ أبو زهره - مقال للشيخ محمد أبو زهرة في مسئولية الأطباء مجلة لواء الاسلام مصر س٢٠ عدد ١٢ ص٥٦-٥٧.

٥٧٢ سورة النساء ٩٢.

قد حصل الأذن أو لم يحصل لأن الطبيب في هذا العمل من المحسنين وما على المحسنين من سبيل، ولأن مناط الضمان هو أن يكون الفعل على وجهه أولا يكون كذلك؟ وما دام الطبيب حاذقاً، فلا ضمان[٥٧٣] عليه ولا على عاقلته، فاذا كان الفعل قد أتى على وجهه أو بذل فيه غاية جهده فلا ضمان وإشتراط إذن المريض وهو وإن كان محل إتفاق بين جميع الفقهاء إلا أنه يكون وارداً ولازماً في الحالات التي يستطيع فيها صاحب الإذن أو وليه منحه فإن كان الأمر غير ذلك فلا نكون بصدد عدم مشروعية للفعل. مثال ذلك حالة مريض مصاب أثر سقوط أو حادث وفقد القدرة على النطق وهو في مكان بعيد عن من له حق الإذن عنه وإحجام الطبيب عن العلاج وإجراء الجراحة فيه هلاك له ففي هذه الحالة نعتقد أن إعمال القاعدة الفقهية التي مؤادها أن الضرورات تبيح المحظورات يكون وارداً ومن ثم يكون عمله مشروعاً ليس إستناداً إلى الإذن فهو غير موجود ولكن إستناداً إلى حالة الضرورة بل أرى أن تدخله في هذه الحالة واجباً لإنقاذ حياة ذلك المضطر.

٥٧٣- إبن القيم -زاد المعاد - جـ ٣ ص ١٤٦.

المطلب الثاني
أذن الحاكم وأثره في مشروعية العمل الطبي

الرأي عند المالكية أن سند مشروعية العمل الطبي هو ترخيص وإذن الحاكم له بالقيام بمثل هذا النوع من الأعمال وهو مايطلق عليه في الوقت الراهن الترخيص بمزاولة المهنة، ومعنى هذا أن الطبيب إذا ما أقدم على العلاج دون أن يكون مرخصاً له بذلك من الحاكم فإنه يكون مسئولاً ولو لم يصدر منه أي خطأ في القيام بعمله[٥٧٤].

ولا يقصر المالكية شروط صحة ومشروعية العمل الطبي على التصريح وإذن الحاكم بل يطلبون إلى جانبه أيضاً ضرورة أن يكون هناك إذن من المريض أو من ينوب عنه في العلاج وأن يكون هذا العمل مطابقاً للأصول العلمية في الطب[٥٧٥].

وأرى أن إذن وتصريح الحاكم يجب أن يكون سابقاً أو معاصراً لزمان إجراء العلاج والجراحة ولا يكون لاحقاً عليه بمعنى أن يكون الشخص مسئولاً عما أحدثه إن تصدى لعلاج المريض ولم يكن مصرحاً له بذلك وقت قيامه بهذه الجراحة حتى ولو صدر له التصريح أو الأذن لاحقاً على تاريخ إجراء هذا النوع من الجراحة، لأنه وإن كان من المُسلّم به أن الموافقة اللاحقة كالأذن السابق، إلا أنه فيما يتعلق بالنفس البشرية التي أولت الشريعة الإسلامية جل إهتمامها لحمايتها من التعدي لاتسري هذه القاعدة. وإذن الحاكم يتطلب أن يكون المأذون له من ذوي الخبرة والمعرفة بصناعة الطب وذلك حماية لمهنة الطب من الدخلاء ويفترض أيضاً أن يكون الباعث لعمل الطبيب هو قصد المعالجة للمريض[٥٧٦].

٥٧٤- الحطاب -مواهب الجليل - شرح مختصر خليل ص٣٢١.

٥٧٥- د. أحمد شرف الدين- الأحكام الشرعية للأعمال الطبية- ص ٤٦ وما بعدها.

٥٧٦- د. أحمد شرف الدين- الأحكام الشرعية للأعمال الطبي- ص ٤٤ وما بعدها.

المطلب الثالث
وجوب إتباع الأصول العلمية والفنية

لكل عملٍ من الأعمال أو مهنة من المهن أصولها المتعارف عليها بين أهلها، ويكون العمل الذي يأتي على خلافها وإن كان غير معلوم بكامله من العوام، إلا أن أهل الخبرة أو المهنة يستطيعون أن يقرروا وبشكل حاسم مدى إتفاق هذا النوع من العمل مع أصول المهنة من عدمه.

وفي هذا ذهب الحنفية والشافعية إلى القول بأنه لا مسئولية على الطبيب الذي جاء عمله مطابقاً للأصول الفنية والعلمية في الطب، ولقد حدد الفقيه نجم الدين هذا الأصل، عندما سئل عن إصابة البنت في رأسها فقال بعدم الضمان ولو أقر به الطبيب متى كان عمله موافقا للأصول العلمية في مجال الطب[٥٧٧]، والأصل أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة. ومناط هذا الأمر هو أن يأتي العمل على وجهه الصحيح أي الموافق لما إستقرت عليه الأعراف الطبية في هذا الخصوص، فإذا جاء هذا العمل على غير وجهه كان محلاً للمساءلة، من هذا يتضح أن سبب إباحة العمل الطبي ومشروعيته عند فقهاء المسلمين ليس راجعاً إلى سبب واحد بل يُعزى إلى أكثر من سبب وإن كانت كلها حول أربعة أسباب هي إذن المريض وإذن الحاكم وإتباع الأصول العلمية وقصد العلاج أو الشفاء، والحالة الأخيرة في رأينا هي التي تواجه حالات عدم وجود الموافقة المسبقة للمريض أو وليه على إجراء العمل الطبي في حالات الضرورة أو القوة القاهرة. وقد جمع ابن القيم هذه الأسباب في قول واحد عندما قال (أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه إتفاقاً، إذا أذن المريض

٥٧٧- حاشية الطحاوي ج٣ ص ٨٣ وما بعدها.

له بعلاجه وأعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده إذا تولد عن فعله المأذون من جهة الشارع أو من جهة من يطبه تلف النفس أو العضو أو ذهاب الصنعة)[٥٧٨] هذا موقف فقهاء الشريعة من العمل الطبي وشروط صحته والذي يكون القائم بالعمل الطبي بدونها ملزماً بالضمان أو القصاص.

٥٧٨- زاد المعاد لابن القيم الجوزية ج (٣) ص (١٤٥).

المبحث الثاني

مشروعية العمل الطبي في النظم الوضعية

خلصنا في المبحث الأول إلى أن مشروعية العمل الطبي، هي قوام إنتفاء مسئولية الطبيب عما يقوم به من أفعال على جسد مريضه، وهذه النتيجة هي محل تسليم كافة النظم الوضعية المعاصرة وإن كان الخلاف بينها يدور حول السبب الذي يعوّل عليه في إقرار مبدأ المشروعية وحده دون غيره، فبعض هذه النظم يذهب إلى الإكتفاء برضاء المجني عليه وبعضها الآخر يذهب إلى إنتفاء القصد الجنائي أو إلى وجود ترخيص من القانون أو التعويل على الضرورة العلاجية والمصلحة الإجتماعية الأمر الذي يدعونا إلى تناول فكر كل طائفة لنخلص إلى النتائج التي يمكن الوصول إليها لإقرار مبدأ المشروعية ، لذلك سوف نبدأ خطة البحث في هذا المبحث أولاً برضاء المريض وأثره في مطلب أول ثم إنتفاء القصد الجنائي في مطلب ثاني ثم ترخيص القانون في مطلب ثالث والضرورة العلاجية والمصلحة الإجتماعية في المطلبين الرابع والخامس على التوالي ونعرض أخيرا للنظام السعودي في مطلب مستقل.

المطلب الأول
رضاء المريض وأثره في مشروعية العمل الطبي

نعني برضاء المريض كما سبق وأن ذكرنا موافقته على إجراء العملية الجراحية أو التدخل العلاجي من جانب الطبيب.

ولقد كان الإتجاه السائد في الفقه والقضاء في مصر قديماً هو أن رضاء المريض سبب من أسباب الإباحة لما يقوم به الأطباء من أعمال تطبيب وعلاج وجراحة وقد كان هذا الإتجاه مأخوذا به في كثير من التشريعات العربية ومنها التشريع السوداني نص م (٥١) عقوبات حيث قرر النص أنه لا قيام للمسئولية متى كان الفعل واقعاً على شخص يزيد عن الثامنة عشرة، وصدر منه بإختياره وعن إدراك ورضاء صريح أو ضمني بذلك الفعل، وقد أقر المقنن اللبناني هذا المبدأ في نص مادته (١٨٦) ، وفي مصر لا يوجد نص في قانون العقوبات أو قانون المهن الطبية يشير صراحة أو ضمناً إلى أن رضاء المريض سبب من أسباب إباحة العمل الطبي أو مشروعيته، وإن كان بعض الفقه القديم قد إتجه إلى إعتناق هذا الرضاء كسبب من أسباب إباحة العمل وآزره في ذلك القضاء في الإعتداد بالرضاء حيث قضى ببراءة طبيب قام بكي رجل مريضه بناء على طلبه وبقصد شفائه[٥٧٩].

وإن كان رضاء المريض أو بمعنى آخر رضاء المجني عليه سبب من أسباب الإباحة لدى هذا الفريق من الفقه إلا أن هذا السبب وحده ليس محلاً لموافقة جانب

٥٧٩- نقض جنائي مصري جـ ١٨٩٧/٤/٢ مجلة القضاء س ٤ ص ٢٩٢.

كبير من الفقه المصري بل والقضاء أيضاً[٥٨٠] الذين يرون أن رضاء المريض ليس وحده سبباً من أسباب الإباحة إنما له أهميته القانونية بحسبانه يساهم في بنيان الاباحة فالرضاء بالأعمال الطبية إنما هو شرط إلى جانب الشروط الأخرى التي ينبغي توافرها ولا غنى عنها لقيام سبب الإباحة[٥٨١]، ذلك لأن حقوق الفرد على جسده ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بحقوق المجتمع الذي يعيش فيه فالحق في سلامة الجسم له أهميته الإجتماعية الواضحة التي تتمثل في حرص المجتمع في المحافظة على سلامة جسم كل فرد من أفراده ليقوم بالوظيفة الإجتماعية المحددة له، والنتيجة المنطقية التي تترتب على هذا الرأي هي أن رضاء المريض بالأفعال التي تمس هذا الحق لا يعتبر سبباً لإباحتها ومشروعيتها ولو كان صادراً من ذي صفة فيه لإقتصار هذا الرضاء على الجانب الفردي للحق دون جانبه الإجتماعي فيظل حق المجتمع قائماً ويظل فعل الإعتداء محلاً لتجريم القانون[٥٨٢].

والمتتبع لاتجاه محكمه النقض المصرية مؤخراً يجد أنها إستقرت على أن رضاء المجني عليه وحده ليس سبباً كافياً لإباحة الفعل ففي حكم لها قضت بإدانة حلاق أجرى عملية شعره بعين مريض وهو غير مرخص له بها ونتج عن ذلك إحداث الجرح

٥٨٠- د. محمود نجيب حسني القسم العام رقم ١٨١ ص ١٨٥، على بدوي الاحكام العامة في القانون الجنائي ص ٣٨٣ د. السعيد مصطفى السعيد الاحكام العامة في قانون العقوبات ط ١٩٥٣ ص ١٨٣، د. محمود مصطفى القسم العام ط ١٩٦٧ ص ٣١٩ - د. أحمد فتحي سرور القسم العام ط ١٩٦٧ ص ٣١٩/د. على راشد القانون الجنائي ط. ١٩٧ ص ٥٤٧/د. عبد العزيز بدر رضاء المجني عليه سالم باريس سنه ١٩٢٨ ص ١٢٤ د. رمسيس بهنام/ النظرية العامة للقانون الجنائي ط ١٩٧١ص٣٦٩، وغيرهم ومن أحكام المحاكم المصريه نقض ١/٤/ ١٩٢٧ أحكام النقض جـ (٤) رقم (٣٤) ص ٣١ نقض ٢٣/ ١٠/١٩٣٩ رقم ٤١٧ ص ٥٨٥، نقض ٢٨/٣/١٩٣٨حجم القواعد القانونية جـ (٤) رقم ١٨٨ ص ١٨٤.

٥٨١- محمود نجيب حسني القسم العام رقم٢٧٧ ص ٢٦١

٥٨٢- محمود نجيب حسني - القسم العام/ رقم (٢٧٧) ص (٢٦١)

بالمريض رغم سابقة موافقة هذا الأخير على إجراء العملية"[٥٨٣] ، وقضت أيضاً أنه متى توافر القصد في جريمة الضرب أو الجرح، فلا يؤثر فيه البواعث التي حملت الجاني، والدوافع التي حفزته على إرتكاب الفعل مهما كانت شريفة مبعثها الشفقة وإبتغاء الخير للمصاب، ولو كان الفعل لم يقع إلا تلبية لطلب المصاب أو بعد رضاء منه"[٥٨٤] ، وأن جريمة إحداث الضرب أو الجرح تتم قانوناً بإرتكاب الفعل عن إرادة الجاني وعلم منه ولا يؤثر في قيام هذه الجريمة رضاء المصاب بما وقع عليه من ضرب أو جرح"[٥٨٥] والحق أن كلا الرأيين يتفقان في اعتبار الرضاء من الناحية القانونية وعدم إهداره وإن كانا يختلفان في المدى فالرأي الأول يذهب إلى التعويل علي الرضى وحده على حين أن الرأي الثاني يرى التعويل عليه إلى جانب شروط أخرى لإباحة وأقرار مشروعية العمل الطبي ، وأميل إلى ترجيح الرأي الثاني الذي يرى أن الرضاء وحده ليس سبباً كافياً لإباحة ومشروعية العمل الطبي أذ يجب أن تلازمه شروط أخرى فلا يتصور القول بالمشروعية مثلاً ولو كان هناك رضاء إذا كان هذا الإذن أو التصريح صادراً لغير متخصص في هذا النوع من العمل.

٥٨٣- نقض ١٩٧٤/١/٤/ مجموعة أحكام النقض جـ (٤) رقم (٣٤) ص ٣١ ومجلة المحاماه /مصر س(١٧) ص (٨٢٠) رقم ٤١٧.

٥٨٤- نقض ج/١٩٨٣/٣ مجلة القواعد القانونية (جـ) ٤ رقم (١٨٨) ص ١٨٤/النقض المصرية .

٥٨٥- نقص ج ١٩٨٣/٣/٢٨ مجلة القواعد القانونية (جـ) ٤ رقم (١٨٨) ص ١٨٤/النقض المصرية .

المطلب الثاني
إنتفاء القصد الجنائي

أستند فقهاء القانون قديماً على إنتقاء القصد كسبب لمشروعية العمل الطبي بحسبان أن الطبيب ماكان يقصد إحداث الضرر بالمريض بل كان يقصد تحقيق الشفاء[٥٨٦] وكان هذا هو الإتجاه السائد في الفقة الفرنسي القديم.

ولقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الإتجاه حيث قضت في حكم لها ببراءة شخص أتهم بإحداث إصابة بشخص آخر نتيجة كيه بناء على طلبه وبقصد الشفاء، وذلك إستناداً إلى إنتفاء القصد الجنائي[٥٨٧]، إلا أن هذا الإتجاه لم يكتب له البقاء، حيث ساد في الفكر القانوني مبدأ جديد مؤاده أن إنتفاء القصد الجنائي ليس وحده سبباً من أسباب الإباحة، والقصد الجنائي يقوم على عنصرين هما العلم والإرادة ويتمثل العنصر الأول في علم الفاعل بوقائع الحالة التي يقوم عليها كيان الجريمة والعلم بالتكييف القانوني ويعني بهذا أن الجاني يجب أن يكون عالماً بأن وقائع فعله من شأنها إحداث الضرر بالمجني عليه، ويكون العلم بخضوع هذا الفعل لنص تجريم علماً مفترضاً، فمتى كان فعل الجاني لا يمثل الإعتداء على الجسم أو مساساً به، فيكون القصد الجنائي غير متوفر في هذه الحالة ومن ثم لا تقوم المسئولية هنا[٥٨٨]، أما العنصر الثاني فهو الإرادة، والتي تعني في هذه الحالة اتجاه ارادة الشخص إلى تحقيقه فاذا تحققت إرادة الفعل دون إتجاه القصد الى احداث النتيجة فإن القصد

٥٨٦- محمود نجيب حسني النظرية العامة للقصد الجنائي / دار النهضة ٧٨ رقم ١٤ ص ٥٠ - مصر .

٥٨٧- حكم محكمة النقض الصادر في ١٨٩٧/٤/٢٤ مشار إليه سابقا ص ٢١٣.

٥٨٨- نقض ٥٧/٤/١٦ أحكام النقض س (٨) رقم (١١٦) ص ٤٢٨)مشار إليه سابقا ص٢١٣.

الجنائي يكون في هذه الحالة منتفيا[٥٨٩]، ويعني بإتجاه إرادة الشخص إلى تحقيق النتيجة هو قبوله لها بصرف النظر عن الباعث أو الدافع الذي حدا به إلى إرتكاب هذا الفعل مهما كانت شريفة ملؤها الشفقة وإبتغاء الخير[٥٩٠] للمصاب ولقد ذهب رأي إلى الربط بين الغاية التي توخاها الطبيب (علاج المريض) وإتمامه العملية من هذا الضرب وإنتفاء القصد الجنائي أو الغاية أو القصد[٥٩١]،

على أساس أنه لا إعتبار للباعث ولو كان شريفاً في إنتفاء القصد الجنائي من عدمه فرضاء المريض بالخضوع لطبيبه ليس مطلقاً بل هو وضع مؤقت معلق على شرط إلتزام الطبيب بالأصول الفنية والعلمية في عمله[٥٩٢]، وأرى أن فكرة إقامة المسئولية أو انتفائها على أساس توافر القصد الجنائي من عدمه، هو في الحقيقة أساس غير صحيح لأنه من الميسور على الطبيب أن يثبت وهو قادر على ذلك حسب أصول مهنته أن ماقام به من أعمال القصد منها هو شفاء المريض وعلاجه إلا أن عدم إستجابة جسم المريض هي السبب في عدم نجاح العلاج، لذلك نخلص إلى أن نظرية توافر القصد الجنائى من عدمه لا تصلح بذاتها أساساً للقول بتوافر مسئولية الطبيب أو انتفائها.

٥٨٩- محمود نجيب حسني - النظرية العامة للقصد الجنائي ص ٢٠٤.

٥٩٠- نقض مصري٢٢/ ١٩٣٩/١٠ - القواعد القانونية جـ٤ رقم ٤١٧ ص ٥٨٥، نقض ١٩١٥/٥/٢٠ المجموعة الرسمية س ١٧ - رقم (٣٤) ص ٥٣.

٥٩١- /د. محمود مصطفى - تعليق على حكم منشور بمجلة القانون والاقتصاد في مصر س (٢) ص (٣٢٥ (٤) محمود نجيب حسني النظرية العامه ص ٢٧٩ /ط ١٩٧٦.

٥٩٢- د. محمد مصطفى القللي / تعليق على حكم منشور بمجلة القانون والاقتصاد في مصر س (٢) ص (٣٢٥) (٢٤)، محمود نجيب حسني النظرية العامة ص ٢٧٩/ط ١٩٧٦.

المطلب الثالث
ترخيص القانون

الأصل أن يكون القائم بأعمال العلاج متخصصاً في هذا النوع من الأعمال وله المؤهلات العلمية والفنية التي تؤهله إلى إتيان ومزاولة مثل هذا العمل .

وتحرص كل النظم الوضعية على إيراد النصوص القانونية التي تحدد الشروط الواجب توافرها في الطبيب لكي يكون صالحاً للقيام بعمله، وبدون توافر هذه الشروط يكون الشخص القائم بالعمل قد تصدى بنوع من الفضالة للقيام بهذا العمل ومن ثم يكون من المسلم به قيام مسئوليته عن كل ما يحدثه من فعل وقد كان الرأي السائد لدى غالبية الفقه المصري والفرنسي أن أساس مشروعية العمل الطبي هو إرادة مصدر القانون، الذي خول للأطباء حق التعرض لأجسام مرضاهم إستناداً إلى أمر القانون أو ترخيصه[٥٩٣]،ولقد سار القضاء المصري على هذا النهج في كثير من أحكامه، وقضى بأن الطبيب أو الجراح لا يعد مرتكباً لجريمة الجرح عمداً لأن قانون مهنته إعتماداً على شهادته الدراسية قد رخص له في إجراء العمليات الجراحية بأجسام المرضى وبهذا الترخيص وحده ترتفع مسئوليته الجنائية عن فعل الجرح[٥٩٤] ويذهب جانب من الشراح إلى رفض التسليم بأن ترخيص القانون، هو سبب لإباحة العمل الطبي إنما السبب في الإباحة هو الإجازة العلمية[٥٩٥] والحق أن ترخيص مزاولة

٥٩٣- نقض ١٩٣٢/١٠/٢٤ القواعد القانونية جـ(٢) رقم ٣٦٨ ص ٦٠٢ / نقض ١٩٣٩/١٠/٢٣ جـ (٤) رقم ٤١٧ ص ٥٨٥ / نقض ١٩٣٧/١٠/٤جـ(٤) رقم (٣٤) ص ٣١.

٥٩٤- نقض ١٩٣٢/١٠/٢٤ القواعد القانونية جـ (٢) رقم ٣٦٨ ص ٦٠٢ / نقص ١٩٣٩/١٠/٢٣جـ (٤) رقم ٤١٧ ص ٥٨٥، نقص ١٩٣٧/١٠/٤جـ(٤) رقم (٣٤) ص٣١.

٥٩٥- د. على راشد /القانون الجنائي ص٥٥٢.

المهنة له أثره الكاشف عن حق الطبيب في القيام بالأعمال الطبية وليس منشئاً له، وترخيص القانون لا يجب أن يغير وصف الفعل من عمدي إلي غير عمدي أو العكس، لأن عمل الطبيب المؤهل علمياً بمزاولة العمل الطبي والمتفق مع الأصول العلمية والفنية يكون صحيحاً ولو لم يكن حاصلاً على ترخيص ويمكن في هذه الحالة محاسبته عن إخلاله بشروط ترخيص مزاولة المهنة.

المطلب الرابع
قصد العلاج

إتجه فريق من شراح القانون إلى محاولة تأسيس مبدأ مشروعية العمل الطبي على أساس توافر قصد العلاج والضرورة العلاجية، وأن هذه الضرورة العلاجية هي المعيار الأساسي لإباحة كل عمل طبي، ويكون تقديرها راجعاً إلى الطبيب تحت رقابة القضاء، ويتطلب هذا الفريق في العمل الطبي في هذه الحالة توافر شروط معينة ، منها مطابقة العمل الطبي للمبادىء الأولية في العلم وأن تكون هذه الضرورة مؤسسة على مجموعة من المعارف الأكلينيكية والنفسية والمعنوية ووجوب فهم هذه الضرورة بمعنى خاص[٥٩٦] ، والواقع أن القول بالضرورة كسبب لإباحة العمل الطبي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأن الأصل في العمل لكي يكون بعيداً عن نطاق المسئولية أن يكون متفقاً مع الشروط القانونية المقررة للإباحة وإنما يمكن أغفال توافر أحد هذه الشروط في حالة الضرورة أو الإستعجال، ومن ثم فالضرورة تعد سبباً إستثنائيا لإباحة العمل الطبي، مع الأخذ في الإعتبار أن الضرورة تقدر بقدرها.

٥٩٦- د. محمود مصطفى - مجلة القانون والاقتصاد س ٤٨ ص ٢٨٧، ورمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي طبعة ١٩٧١ ص٣٧٠.

المطلب الخامس
المصلحة الإجتماعية

فكرة المصلحة الإجتماعية هي فكرة مستمدة من الدين ومن القانون وماستقرت عليه أحكام القضاء وآراء الشراح[٥٩٧]، وإن كانت هذه المصلحة تختلف من دولة إلى أخرى، إلا أن كل الأنظمة تجتمع على غاية واحدة ألا وهي إحترام القوانين وتحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على صحة وحياة أفراد المجتمع ومن المتفق عليه أن المصلحة الإجتماعية تتحقق في كون عمل الطبيب، قد تم في إطار القواعد والنصوص التي قررها القانون لممارسة مهنة الطب وأن يحترم إرادة الانسان وحياته، وفكرة المصلحة الإجتماعية كما يراها جانب من شراح القانون[٥٩٨] تصلح بذاتها سبباً لمشروعية العمل الطبي ويدلل على صحة رأيه بمقولة إن المصلحة الإجتماعية تصلح مبرراً لمشروعية بعض الأعمال الطبية التي تعد في نظر الفقه والقضاء غير مشروعة لتجردها من قصد العلاج أو الشفاء مثل إقتطاع وزرع الانسجه والأعضاء البشرية من شخص حي إلى آخر مريض لما تحققه من مصلحة إجتماعية تسمو على المصالح الشخصية والفردية، كما وأن المصلحة الإجتماعية تفرض على العامة إحترام القوانين واللوائح السائدة في المجتمع وتفرض على الطبيب المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع ، وإحترام حق الإنسان في الحياة.

وهذا الرأي لا يصادف قبولاً لدينا لأن معيار المصلحة الإجتماعية هو معيار

٥٩٧- د. حسنين عبيد مقال فكرة المصلحة في قانون العقوبات- المجلة الجنائية القومية-مصر - ١٩٧٧. العدد الثاني المجلد السابع عشر ص ٢٣٧ وما بعدها.

٥٩٨- د. أسامة قايد- المسئولية الجنائية للأطباء - ١٩٩٠ص ١٤١.

فضفاض ليس له ضابط فكل ما يأتيه الطبيب يمكن أن يندرج تحت عبارة المصلحة الإجتماعية كما أن المثال المضروب بشأن نقل وزرع الأنسجة يمكن إدراجه تحت عنصر رضاء المريض وعنصر قصد العلاج كسبب من أسباب مشروعية العمل الطبي.

والرأي عندنا أن مشروعية العمل الطبي تتحقق في الحالة الآتية:

اذا قام بالفعل طبيب متخصص وفق الأصول الفنية والعلمية قاصداً تحقيق العلاج والشفاء للمريض الذي أذن له بذلك.

وهذا التعريف للعمل الطبي المشروع تتوافر فيه الخصائص والشروط التالية :

١- صدور الفعل من طبيب متخصص ، والطبيب المتخصص يجب أن يكون مؤهلاً علمياً للقيام بالعمل ومرخص له ذلك.

٢- إتيان الفعل وفق الأصول العلمية التي جرى العلم والعرف على إتباعها في مثل حالة المريض.

٣- أن يكون القصد من العلاج تحقيق شفاء المريض.

٤- صدور الأذن من المريض أووليه للطبيب بإجراء العمل الطبي ويمكن أيضاً اجراء تحديد آخر لشروط مشروعية العمل الطبي فنقسمها إلى شرط شكلي وهو وجوب وجود ترخيص القانون وشرط موضوعي هو إتباع الأصول الفنية والعلمية وشرط عرفي وهو رضاء المريض وأخيراً وهو شرط مصلحي وهو قصد العلاج أو الشفاء.

وهذه الشروط محل إتفاق بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية وبدونها أو بتخلف واحد منها يكون الطبيب معرضاً للمساءلة.

نظرة تحليلية لما سبق

إذا كان هذا الفصل يتعلق بثبوت المسئولية الجنائية أو إنتفائها فإنه يتصل أيضاً بثبوت المسئولية المدنية أو إنتفائها لأن المسئولية الأخيرة تقوم على أساس وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية والذي يمكن القول معه أن قيام المسئولية الجنائية وثبوتها يحرك المسئولية المدنية لإتحاد الخطأ في كلا المسئوليتين ما عدا حالة مزاولة الطبيب للعمل الطبي المتوافر فيه كل الشروط دون شرط الترخيص ولم ينتج عن عمله الضرر لمريض ، ففي هذه الحالة يتم مساءلة الطبيب جنائياً أو إدارياً ولا يقوم وجه لمساءلته مدنياً في حالة ثبوت عدم وجود ضرر، ويمكن أن نحدد الإطار العام لثبوت المسئولية بنوعيها أو إنتفائها في النقاط التالية :-

١- إذا قام الطبيب بعمله وهو حاذق فيه وفق الأصول العلمية وكان مرخصاً له بذلك وأذن له مريضه، فيكون هذا العمل مشروعاً ، ولو أدى إلى جرح المريض متى كان الهدف من العمل في مجمله، تحقيق العلاج والشفاء للمريض ومن ثم لامجال لإعمال قواعد المسئولية بنوعيها، لأننا نكون في هذه الحالة بصدد إنعدام المسئولية وليس إنتفاءها.

٢- اذا قام الطبيب المرخص له بالعمل الطبي وفق الأصول العلمية ومأذون له بهذا التدخل العلاجي أو الجراحي من مريضه ولكنه لم يقصد العلاج ، كان مسئولاً عن هذا الفعل وتقوم مسئوليته الجنائية والمدنية.

٣- اذا قام الطبيب بالعمل المرخص له متبعاً الأصول العلمية قاصداً تحقيق الشفاء دون الحصول على إذن المريض أو من يجيب عنه كان مسئولاً عن كل ما يحدثه

من جرح في مريضه مدنياً وجنائياً.

٤- اذا قام الطبيب المرخص له بالعمل المأذون له من مريضه قاصداً تحقيق العلاج إلا أنه خالف الأصول العلمية أو الفنية فإنه يكون مسئولاً في هذه الحالة عما يحدثه فعله من ضرر جنائي ومدني.

٥- اذا قام طبيب غير مرخص له بعلاج مريضه الذي أذن له بذلك وقصد من عمله العلاج وإتبع الأصول العلمية ولم يحدث ضرر للمريض فإنه لا يكون مسئولاً متى توافرت في العمل كل الشروط إلا أنه يكون قد زاول هذا العمل بدون ترخيص مما يوقعه تحت طائلة الجزاء الإداري أو المهني .

٦- اذا قام طبيب بعمل لا تتوافر فيه الشروط السابق الإشارة اليها وكان مدفوعاً إلى القيام به بسبب الظروف الطارئة أو الحادث المفاجي فإنه لا يكون مسئولاً إعتماداً على القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الضرورات تبيح المحظورات.

هذا ما يتعلق بأسباب انتفاء المسؤولية الا أن هناك حالات تسقط منها المسؤولية نعرض لها في النقاط التالية : -

- قد يكون إنتفاء المسئولية بالنسبة للطبيب راجعاً إلى التقادم وأساسه نص القانون حيث قرر سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بأنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه وسقوط هذه الدعوى في كل حال بإنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع [٥٩٩] وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أن مسئولية الطبيب عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة مسئولية تقصيرية وتسقط دعوى التعويض بأنقضاء ثلاث سنوات من اليوم

٥٩٩- بسام محتسب الله - المسئولية الطبية المدنية والجزائية - ص. ٢٩.

الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه[٦٠٠] .

اما اذا كان هناك عقد بين الطبيب والمريض فإنه يخضع للتقادم الطويل مالم يرد نص خاص بشأنها فإن إخضاع هذه الدعوى للتقادم القصير المنصوص عنه في / المادة (١٧٣) من القانون المدني والذي لا ينطبق الأ على الاعمال غير المشروعية ينطوي على مخالفة للقانون تعرض الحكم للنقض[٦٠١]، هذا ما يتعلق بالأنظمة الوضعية أما في الفقه الإسلامي فإن الحق لايسقط بالتقادم وإنما لاتسمع الدعوى بعد مرور زمن معين وهذا المنع غير قياسي لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان بل هو إستحسان، ووجهه منع التزوير والتحايل لأن ترك الدعوى زمانا مع التمكن من رفعها يدل على عدم الحق ظاهراً حتى إذا انتفت هذه العلة وجب سماع الدعوى وهذا ما أشارت إليه مجلة الأحكام العدلية - الباب الثاني ص ٩٨٣ .

- قد يكون مرجع إنتفاء المسئولية عن فعل الطبيب إلى اشتراط عدم المسئولية أو الإتفاق على الاعفاء من المسئولية وهذا الشرط يختلف بحسب ماذا كانت المسئولية عقديه أم تقصيرية فبالنسبة للأولى المستقر عليه جواز هذا الإتفاق ماعدا حالتي الغش أو الخطأ الجسيم وهذا هو الرأي المستقر عليه في فرنسا ومصر والقانون اللبناني بنص م (١٣٩) أما بالنسبه للمسئولية التقصيرية فيقع باطلاً كل إتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيريه او التخفيف منها لأن شرط الإعفاء منها باطل لمساسه بالنظام العام وهذا مايتفق مع النظرة الشرعية وهو الوضع المستقر عليه في مصر لأن أحكام المسئولية التقصيرية من النظام

٦٠٠- مجلة المحاماه - العام ١٩٧٠ مصر ص ١٥٩.

٦٠١- بسام محتسب الله - المسئولية الطبية بنوعيها ص ٢٩٥.

العام والقانون قد أنشأها بصفة آمره فلا يجوز إجهاض حكمها بالإتفاق على خلافها وبذلك تفترق عن المسئولية العقدية التي ترجع أحكامها إلى إرادة المتعاقدين ومن ثم تستطيع هذه الإرادة ان تعدل عن أحكامها إعفاء أو تخفيفا منها.

المبحث الثالث
مشروعية العمل الطبي في النظام السعودي

تعرضنا فيما سبق لشروط مشروعية العمل الطبي في االفقه الإسلامية وفي النظم الوضعية وقد تم تصنيف هذه الشروط إلى شرط شكلي يتمثل في وجوب الحصول على ترخيص مزاولة المهنة والشرط الموضوعي المتمثل في إتباع الاصول العلمية والفنية والشرط العرفي الذي يقوم على رضاء المريض وأخيرا الشرط الاجتماعي المتمثل في قصد العلاج.

وباستعراض أحكام القرار الوزاري رقم ٢٨٨ /١٧/ ل وتاريخ ٢٦/٦/١٤١٠هـ الصادر في شأن نظام مزاولة مهنه الطب البشري وطب الأسنان يمكن أن نحدد شروط مشروعية العمل الطبي في المملكة على النحو التالي :-

١- الشرط الشكلي :-

حظر النظام في المادة الأولى منه ممارسة مهنة الطب البشري أو طب الأسنان إلا بعد الحصول على إذن من وزارة الصحة وأعتبر في حكم الإذن تعيين الأطباء في الجهات الحكومية في الوظائف الطبية شريطة أن تقوم هذه الجهات بالإبلاغ عن البيانات اللازمة عن المعينين وأعتبر ايضاً في حكم الترخيص المؤقت موافقة الجهات المختصة على دعوة الأطباء الزائرين (م١/٣ل).

- تطلب النظام شروطاً في الشخص طالب الترخيص من حيث المؤهل العلمي وخبرة العمل.
- جواز فَقد حالات الترخيص طبقاً لإعتبارات المصلحة العامة على السعوديين دون غيرهم . م (٥).

- لا يجوز للطبيب في غير حالات الضرورة القيام بعمل يجاوز إختصاصاته أو إمكانياته م (١١) أي أن النظام هنا أخذ في الإعتبارات حالة الضرورة وإعتبرها مبرراً للخروج بالعمل عن نطاق الإختصاصات والامكانيات المتوافرة لديه.
- إلتزام الطبيب بالعلاج واجب قائم لا يجوز الإعتذار عنه في حالات الضرورة أو الحالات الخطرة أما في غيرها فيكون الإعتذار مقبولاً متى كانت هناك أسباب مهنيه أو شخصية مقبولة م (١٨) ومن ثم يكون النظام السعودي قد ساير الإتجاه العام في الشريعة والنظم الوضعية في اشتراط الترخيص فيمن يزاول مهنة الطب وإعتباره العمل الطبي فرض عين في حالات الضرورة والحالات الخطرة التي يتعين على الطبيب المبادرة فيها.

ثانياً : الشرط الموضوعي : وجوب اتباع الأصول العلمية:-

ضَمّن النظام في القرار المشار إليه عاليه بعض المواد التي تلزم الطبيب بالتصرّف عند قيامه بعلاج مريض وفق الأصول العلمية والفنية .

فالمادة (١٧) من القرار المذكور تلزم الطبيب بإجراء التشخيص والعناية اللازمة، مستعيناً في ذلك بالوسائل الفنية وبمن تستدعي ظروف الحالة الاستعانة بهم من الأخصائيين أو المساعدين، وأن يقدم ما يطلبه من تقدير عن حالته الصحية ونتائج الفحوصات مراعياً في ذلك الدقة والموضوعية.

- إلتزام الطبيب بمراعاة العادات والتقاليد السائدة في المملكة العربية السعودية مبتعداً عن الإستغلال . (٧).
- عدم جواز قيام الطبيب بعمل يجاوز إختصاصاته أو إمكانياته الا في حالة

الضرورة م ١١/ب.

ثالثاً : رضاء المريض:-

أخذ النظام السعودي برضاء المريض أو ذويه وإعتبره شرطاً من شروط صحة مشروعية العمل الطبي وتظهر جوانبه في النقاط التالية :-

- وجوب أن يتم العمل للإنسان برضاه أو بموافقة من يمثله إذا لم يعتبر بارادة المريض م(٢١) ، واستلزام هذه الموافقة المسبقة قبل اجراء العمل الطبي أو الجراحي واجبة تمشياً مع مضمون خطاب المقام السامي رقم ٤/٢٣٢٨/م وتاريخ ١٤٠٤/٧/٢٩هـ المبني على قرار هيئة كبار العلماء رقم ١١٩ وتاريخ ١٤٠٤/٥/٢٦هـ.
- استثناء من هذا الأصل يجب على الطبيب في حالات الحوادث والطواريء التي تستدعي تدخلاً طبياً بصفة فورية لإنقاذ حياة المصاب أو إنقاذ عضو من أعضائه والتي يلزم فيها الحصول على موافقة المريض أو من يمثله في الوقت المناسب ، إجراء العمل الطبي أو الجراحي دون انتظار الحصول على موافقة المريض أو من يمثله (م١١/ب).

رابعاً : قصد العلاج :-

تطلب النظام السعودي من بين شروط مشروعية العمل الطبي ضرورة توافر قصد العلاج والرعاية وذلك مراعاة للمصلحة الإجتماعية وبيّنَ هذا الشرط في الآتي :

- وجوب أن يمارس الطبيب مهنته لصالح الفرد والمجتمع في نطاق إحترام حق الإنسان في الحياة وسلامته وكرامته، مراعياً في عملة العادات والتقاليد السائدة في المملكة مبتعداً في ذلك عن الاستغلال م (٧).

- يجب أن يستهدف العمل الطبي دائماً مصلحة المريض وعلى الطبيب أن يبذل جهده لكل مريض (١١/أ)
- إلتزام الطبيب ومساعديه طبقاً لاحكام هذا النظام هو إلتزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها (م١٧) من هذا العرض يتضح أن النظام السعودي ، قد أخذ بالشروط التي استقرت عليها أغلب النظم في تقرير مسئولية الطبيب عن أعماله والتي تتفق في مجملها مع الشريعة الإسلامية وبتوافر هذه الشروط، لا يكون هناك فرصة لإقامة المسئولية في حقه ولايسأل عن فعله بأي نوع من أنواع المسئولية.

{ الخاتمة }

الخاتمـــة

قدمنا في هذا البحث الذي ندعو الله أن نكون قد وفقنا في جمع شتاته وموضوعاته عرضاً لمسئوليته الطبيب المدنية والجنائية، عن الأخطاء التي تقع منه على جسد مريضه، وأوضحنا ماأولته الشريعة الإسلاميه من إهتمام ورعاية لحرمة الجسد الإنساني ولحمايته من أي فعل يمثل تعدياً أو إضرراً به، وليس الهدف من وضع هذه الخاتمة عرض لجزئيات الموضوع وأن تكون ملخصاً لكل ماتطرق إليه، ففي هذا تكرار لامبرر له وإنما الهدف هو الوصول إلى بعض النقاط الهامة التي خلصنا إليها من عرض موضوع البحث والتي يمكن أن نحددها في النقاط التالية:

أولاً: إن القول بخطأ الطبيب العارف بعمله ومهنته والمتطبب الذي يتصدى لعلاج المريض وهو جاهل بالمهمة لم يكن بعيداً عن الفكر الإسلامي وإجتهادات الفقه الإسلامي بل إستقر الرأي عندهم منذ آلاف السنين على ثبوت الخطأ بصرف النظر عن الوسيلة التي إتبعها الطبيب في العمل الطبي، وكان أساس القول بالخطأ من واقع الحالات التي عرضت عليهم والتي كان فيها الطب في مراحله الأولى أو بمعنى أصح كان بدائياً على خلاف الحال في عصرنا الحاضر، ومع ذلك فإن ماوصلت إليه القوانين الوضعية اليوم هو نفسه ما أنتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية قبل أكثر من ألف عام الأمر الذي يتضح من خلاله بُعد نظر الفقهاء المسلمون وشموليته إضافة إلى العدالة والدقه، الأمر الذي يسجل سبقاً للشريعة الإسلامية والفقهاء المسلمون.

ثانياً: إن كل النظم الوضعية تجمع على ضرورة مساءلة الطبيب عن خطأه الجسيم وليس اليسير وأفترضت مجموعة من الشروط يجب توافرها للقول بمشروعية العمل الطبي وبدونها يكون عمل الطبيب محلاً للمساءلة بأي نوع من أنواع المسئولية التأديبية، المدنية أو الجنائية أو كل هذه الأنواع مجتمعة وإن كانت النظم الوضعية قد اختلفت حول المعيار الذي يُعوّل عليه في تحديد خطأ الطبيب هل يُعوّل على المعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي وترجح الميل إلى التعويّل على المعيار المختلط أي مراعاة الظروف التي كانت معاصرة لعمل الطبيب والتي يتم تقدير مدى صحة تصرفه بمقياس الرجل العادي الذي وجد في مثل هذه الظروف، مع أن الثابت عملاً ونظراً لفنية العمل أن يعوّل في تقدير خطأ الطبيب من عدمه على شهادة وأقوال أهل الخبرة ، حسب المعتاد لديهم وهذا ماقرره فقهاء الشريعة الإسلامية سابقاً.

ثالثاً: كان المستقر فقهاً وقضاءً أن إلتزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة إلا أن هذا المبدأ اصبح واهناً امام التقدم العلمي والفني المتعاظم في طرق ووسائل العلاج والجراحة وظهور مخترعات أحدثت نوعاً من الإنقلاب والثورة العلمية والتقنية في المجال الطبي إلى جانب التقدم في مجال التخدير تقدماً كبيراً وبذلك توافرت لدى الطبيب أمكانيات لم تكن موجوده من قبل الأمر الذي أنعكس على خصائص العمل الطبي بحيث ضعفت إلى حد كبير الصفة الإحتمالية للعديد من الأعمال الطبية التقليدية فأصبح لامجالاً للإحتمال في بعضها مثل عدم إفشاء سر المريض وتحديد

فصيلة الدم إضافة إلى أن المريض الذي يذهب إلى طبيبه يعلم أن الشفاء من عند الله ويعلم ايضاً أن على الطبيب إعتماداً على ثقافته الطبية وتخصصه الفني إن يضمن سلامته ولايتسبب في إلحاق الضرر به فوق مايعانيه من مرض يسبب عدم تعقيم أدوات العلاج أو الجراحة أو تلوث الأغذيه وهذا الإلتزام بضمان سلامة المريض أصبح في وقتنا الحاضر أكثر إلحاحاً في ظل تطور عمليات نزع وزراعة الأعضاء التي يتجه جانب من فقهاء الشريعة والقانون إلى إباحتها بدعوى الضرورة العلاجية .

رابعاً: إذا كانت مسئولية الطبيب قد تطورت من عدم المسئولية مطلقاً، الى المسئولية عن الأعمال المادية فقط وعدم المسئولية عن العمل الفني إلا إذا كان ذلك قد تم بسوء النية، أي الخطأ العمدي ثم تطور ذلك إلى الخطأ الجسيم وأخيراً لم يعد القضاء يشترط درجة معينة من الجسامة في الخطأ الفني ويساويه بالخطأ العادي للطبيب من حيث كفاية أي درجه من الخطأ لإنعقاد المسئولية وهذا التطور في تأسيس المسئولية أنما يدل دلالة واضحة على الرغبة الإجتماعية الزائدة لحماية المرضى ضد تصرفات الطبيب التي لاتأتي على الوجه الصحيح وفقاً لما هو مستقر في الأعراف الطبية.

خامساً: إن القول بقيام المسئولية بنوعيها على الطبيب في حالة وقوع خطأ من جانبه أمر وارد إلا أنه بتعين التفرقة بين حالتين هامتين:

الأولى:- أن يتعمد الطبيب إرتكاب الخطأ رغم علمه بحالة مريضه، أو يأتي الفعل على غير الوجه الذي يتطلبه العمل الطبي السليم في عرف التقاليد الطبية، وثبت إرتكاب هذا الخطأ بشهادة أهل الخبرة وفي هذه الحالة لايكون هناك مجال للقول بالإعفاء أو التخفيف من مسئوليته، لأن ضمان سلامة المريض مقدمة على مصلحة الطبيب.

الثانية: أن لايكون خطأ الطبيب هو وحده السبب في وقوع الضرر للمريض وثبت من سؤال أهل الخبرة أن خطأ الطبيب وحده ليس هو السبب في حدوث الضرر وفي هذه الحالة يتعين الأخذ بهذا الإعتبار عند تقرير مسئولية الطبيب وفي تقدير التعويض المستحق.

سادساً: أن السعي لتوفير الأمان والإستقرار للأطباء في القيام بأعمالهم وعدم جعل المسئولية عن الضرر الذي قد يلحق المريض سيفاً مسلطاً على رقابهم هو في الحقيقة، مطلب عادل، ولكن ليس إلى حد إهدار حرمة الجسد البشري بالتجارب أو اجراء العلاج غير الموثوق فيه أو وصف الدواء من طبيب غير متخصص يُلحق الضرر بالمريض فوق مايعانيه من مرض، ولتحقيق التوازن بين هاتين المصلحتين نوصي بالآتي:-

١- في حالة وقوع ضرر للمريض من جراء فعل الطبيب تقوم قرينة بسيطة لصالح هذا المريض مؤداها أن هناك خطأً وقع في العلاج أو التداوي من جانب الطبيب، يعتمد عليها المريض في تأسيس دعوى الحق أو شكواه إلى الجهات الرسمية ويكون عبء إثبات العكس على عاتق الطبيب أن يثبت أن هذا الضرر ليس راجعاً إلى خطأ وقع منه بل لأسباب راجعة إلى المريض أو أسباب لادخل له فيها.

٢- أن يكون الفصل في تقرير مدى وقوع الخطأ من عدمه موكل إلى جهة طبية حيادية يُختار أعضاؤها من الأطباء المشهود لهم بالإستقامة والأمانة وتُعرض عليهم الحالة ومايقدم من جانب الطبيب المتهم، وإن كنا نرى أنه ليس هناك مايمنع من أن يوجد من يسمى بالطبيب القاضي أي الطبيب الذي يحصل على دراسات قانونية متخصصة، يبحث الحالة من الناحيتين الطبية والقانونية ، ويصدر حكمه على ضوء ماتبين له من وقائع ويخصص له مزايا مالية تكون مرضية ودافعة للإقدام على مثل هذا النوع من التخصص.

٤- إيجاد صناديق ممولة من إشتراكات يدفعها الأطباء تغطي حالات ثبوت مسئوليتهم عن الأخطاء التي تقع منهم أثناء مزاولتهم لأعمالهم متى كان قيامهم بالعمل قائماً على الوجه الصحيح على أن يتحمل الصندوق جزءاً محدداً فقط من قيمة التعويض في حالة ثبوت أن خطأ الطبيب راجع إلى أهماله أو إستهتاره ويكون هذا رادعاً له أو لغيره في وجوب مراعاة اليقظة والدقة الكاملتين في القيام بأعمال العلاج والتداوي على أجسام المرضى لكي لانحملهم أضراراً فوق مايعانون منه من أمراض.

وفي نهاية البحث نسأل الله أن يكون هذا العمل قد جاء وافياً في إظهار جوانب المسئولية عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء وأن ينفع به الأخوة الأطباء أولاً ورجال القضاء خصوصاً وجميع المسلمين عامة، كما أسأله سبحانه أن يكون خالصاً لوجهه الكريم وعلماً ينتفع به.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل .

{ المراجع }

المراجـــع

أولاً: مراجع في الشريعة الإسلامية:-

١- ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله الحموي- أدب القضاء-دار الفكر -دمشق- ط٢، ١٤٠٢هـ.

٢- ابن البزاز، محمد بن محمد بن شهاب-الفتاوى البزازية-المطبعة الكبرى الأميرية، ١٣١٠هـ.

٣- ابن الخلف، محمد بن سليمان- المسئولية الجنائية في جرائم الإعتداء على النفس وما دونها في الفقه الحنبلي رسالة ماجستير مقدمة لقسم الدراسات الإسلامية كلية التربية جامعة الملك سعود ١٤٠٣هـ، ص ١٢-١٣.

٤- ابن الشحنه، أبو الوليد إبراهيم بن محمد بن محمد-لسان الحكام في معرفة الأحكام مع معين الحكام-مطبعة مصطفى البابي الحلبي-مصر ١٩٧٣م.

٥- ابن القيم شمس الدين، محمد بن أبي بكر-الطب النبوي-دار مكتبة الحياة بيروت ١٤٠٧هـ.

٦- ابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر-الطرق الحكمية في السياسة الشرعية- مطبعة المدني-القاهرة.

٧- ابن القيم، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزراعي الدمشقي-زاد المعاد في هدى خير العباد-مكتبة المنار الإسلامية-دار الفكر- بيروت ١٤٠٧هـ.

٨- ابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر الدمشقي-إعلام الموقعين عن رب العالمين- دار الفكر- بيروت ١٣٩٧هـ.

٩- ابن اللحام، علي بن محمد البعلي-المختصر في أصول الفقه-دار الفكر-دمشق ١٤٠٠هـ.

١٠- ابن المناصف، محمد بن عيسى-تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام-المطابع الموحدة-دار التركي-تونس ١٤٠٨هـ.

١١- ابن المنذر، أبي بكر محمد بن إبراهيم-الإجماع-دار الكتب العلمية-بيروت لبنان.

١٢- ابن تيمية، أحمد -الفتاوى الكبرى-الدار العربية للطباعة والنشر-لبنان ١٣٩٨هـ.

١٣- ابن جزي الكلبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد-القوانين الفقهية-دار الكتاب العربي-١٤٠٤هـ.

١٤- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيدالظاهري-المحلى - المطابع المنيرية-١٣٥٠هـ.

١٥- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي-بداية المجتهد ونهاية المقتصد-دار الفكر-دمشق.

١٦- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز-حاشية رد المحتار على الدر المختار- مطبعة مصطفي البابي الحلبي-مصر-١٩٨٦.

١٧- ابن عبد السلام، أبو محمد عبد العزيز السلمي الشافعي-قواعد الأحكام في مصالح الأنام- دار الشرق للطباعة-مصر-١٣٨٨هـ.

١٨- ابن عرفه، محمد بن محمد الورغمي-تفسير الإمام ابن عرفه دراسة وتحقيق د. حسن المناعي-نشر مركز البحوث بالكلية الزيتونية-تونس-١٤٠٧هـ.

١٩- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري-تبصرة الحكام- المطبعة العامرة الشرفية-مصر،١٣٠١هـ.

٢٠- الخفيف، علي-الضمان في الفقه الإسلامي-المطبعة الفنية الحديثة-القاهرة، ١٩٦٠م.

٢١- ابن قطلوبغا، زين الدين قاسم بن قطلوبغا بن عبد الله-موجبات الأحكام وواقعات الأيام-مطبعة الإرشاد-بغداد، ١٤٠٣هـ.

٢٢- ابن مفلح، ابي إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله-المبدع في شرح المقنع-طبع المكتب الإسلامي-لبنان بيروت.

٢٣- ابن مفلح، أبو عبد الله محمد المقدسي- الآداب الشرعية والمنح المرعية-مكتبة الرياض، ١٣٩١هـ.

٢٤- ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم-الأشباه والنظائر-دار الكتب العلمية-لبنان-بيروت، ١٤٠٠هـ.

٢٥- ابن حجر الهيثمي، ابي العباس أحمد بن شهاب الدين، فتح الجواد شرح الإرشاد-مطبعة البادي الحلبي-مصر، ١٣٩١هـ.

٢٦- أبو داود، سليمان بن الأشعث الأسدي-سنن أبي داود-مطبعة مصطفى محمد مصر.

٢٧- أبو غده، عبد الستار-بحوث في الفقه الطبي والصحة النفسية من منظور إسلامي-دار الأقصى، ١٤١١هـ.

٢٨- أحمد، سليمان بن محمد أحمد-ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي-مكتبة المجلد العربي-مطبعة السعادة-القاهرة، ١٤٠٥هـ.

٢٩- الأنصاري، ابي يحي زكريا - فتح الوهاب شرح منهج الطلاب-طبع دار إحياء الكتب العربية للبابي الحلبي -مصر.

٣٠- الأنصاري،ابي يحيى زكريا - منهج الطلاب-طبع إحياء دار الكتب العربية للباب الحلبي.

٣١- الآمدي، سيف الدين علي بن علي بن محمد- الإحكام في أصول الأحكام-مؤسسة النور-الطبعة الأولى.

٣٢- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف-المنتقى شرح الموطأ- مطبعة السلطان عبد الحفيظ-مصر، ١٣٨٨هـ.

٣٣- البغدادي، محمد بن غانم بن محمد-مجمع الضمانات-المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر-ط١، ١٣٠٨هـ.

٣٤- البهوتي-منصور بن يوسف بن إدريس-الإقناع كشاف القناع-مطبعة أنصار السنة المحمدية-مصر، ١٣٦٦هـ.

٣٥- البهوتي، منصور بن يوسف بن إدريس-منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهي لشرح المنتهى-عالم الكتب ببيروت-لبنان.

٣٦- البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين علي- السنن الكبرى-مطبعة دار المعارف العثمانية-حيدر أباد- الهند ١٣٥٥هـ.

٣٧- الترمذي، الحافظ أبي عيسى بن سورة. سنن الترمذي - مطبعة البابي الحلبي بمصر، ١٣٩٨هـ.

٣٨- الحموي، السيد أحمد بن محمد الحنفي-غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر-طبع دار الكتب العلمية-لبنان -بيروت، ١٤٠٥هـ.

٣٩- التنبكتي، أحمد بن أحمد بن أحمد بن عمر بن محمد - نيل الإبتهاج-مصر-ط١، ١٣٥١هـ.

٤٠- الحصكفي، محمد علاء الدين - الدر المختار شرح تنوير الأبصار-مطبعة مصطفى البابي الحلبي-مصر، ١٣٨٦هـ.

٤١- الخطابي، أبي سليمان حمد بن محمد البستي-معالم السنن-مطبعة أنصار السنة-مصر، ١٣٦٧هـ.

٤٢- الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي-مواهب الجليل-دار الفكر العربي، ط٢، ١٣٩٨هـ.

٤٣- الدرديري - الشرح الكبير - مطبعة مصطفى الحلبي-القاهرة، ١٣٧٧.

٤٤- الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه - حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - طبعة دار إحياء الكتب-مصر.

٤٥- الذهبي، تحقيق أحمد رفعت البدراوي-الطب النبوي-دار إحياء العلوم-بيروت، ١٤٠٦هـ.

٤٦- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين-المحصول في علم أصول الفقه-نشر لجنة البحوث جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - مطابع الفرزدق التجارية - الرياض، ١٣٩٩هـ.

٤٧- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - مطبعة البابي الحلبي-مصر، ١٣٥٧هـ.

٤٨- الزرقاء، أحمد بن محمد -شرح القواعد الفقهية-مطبعة دار الغرب-ط١، ١٤٠٣.

٤٩- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي-تبيين الحقائق-لبنان بيروت.

٥٠- السكري، عبد السلام عبد الرحيم-نقل وزراعة الأعضاء الآدامية من منظور إسلامي-دار المنار للنشر والتوزيع، ١٤٠٨هـ.

٥١- السماحي، المرسي-الجناية على الأبدان وموجبها فى الفقه الإسلامي-مكتبة عالم الفكر-ط١، ١٩٨٥.

٥٢- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن-الأشباه والنظائر-ط١ بدار الكتب العلمية-لبنان بيروت، ١٤٠٣.

٥٣- الشطبي، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي- الموافقات - دار الفكر -لبنان ١٣٤١هـ.

٥٤- الشافعي، أبي عبد الله محمد بن إدريس-الأم المطبعة الكبرى الأميرية-مصر، ط١ ١٣٢٥هـ.

٥٥- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، تحقيق الشيخ محمد أحمد شاكر -الرسالة -دار التراث- القاهرة ١٣٩٩هـ.

٥٦- الشبراملسي، علي بن علي-حاشية الشبراملسي- على نهاية المحتاج - مطبعة مصطفى البابي الحلبي-مصر ١٣٨٦هـ.

٥٧- الشربيني، محمد بن أحمد -مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج-مطبعة مصطفى البابي الحلبي-القاهرة ١٣٧٧هـ.

٥٨- الشوكاني-فتح القدير-دار الفكر-مصر ١٣٨٣هـ.

٥٩- الشيخ، قيس بن محمد آل الشيخ-التداوي والمسئولية الطبية في الشريعة الإسلامية-مكتبة الفارابي-دمشق١٤١٢هـ.

٦٠- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد-نيل الأوطار-دار التراث ودار القلم ببيروت- مصر.

٦١- الشنقيطي، محمد بن محمد المختار-أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتب عليها-مكتبة الصديق-الطائف ١٤١٣هـ.

٦٢- الطحاوي، السيد أحمد الحنفي-حاشية الطحاوي-دار المعرفة للطباعه والنشر-بيروت، ١٣٩٥هـ.

٦٣- الطرابلسي، علاء الدين علي بن محمد بن ناصر-معين الحكام-المطبعة الأميرية-بولاق، ١٣٠٠هـ.

٦٤- الطوري، عبد القادر بن عثمان القاهري- تكملة البحر الرائق - مطبعة دار المعارف-بيروت.

٦٥- العسقلاني-أحمد بن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري-دار الريان للتراز-القاهرة، ط١، ١٤٠٧هـ.

٦٦- الغزالي، أبي حامد محمد بن محمد-المستطفى-مطبعة البابي الحلبي-مصر، ١٣٥٦هـ.

٦٧- الغزالي، ابي حامد- الوجيز-مطبعة الأداب - مصر، ١٣١٧هـ.

٦٨- القاري، احمد بن عبد الله دراسة وتحقيق د. عبد الوهاب أبو سليمان ود. محمد بن إبراهيم أحمد علي - مجلة الأحكام الشرعية- مطبوعات تهامة -جدة، ١٤٠١هـ.

٦٩- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس-الفروق-عالم الكتب بيروت-لبنان.

٧٠- القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري-الجامع لأحكام القرآن-دار الكتب المصرية-مصر-القاهرة، ١٣٥٦هـ.

٧١- القليوبي، شهاب الدين-حاشية القليوبي-مطبعة البابي الحلبي.

٧٢- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-طبع دار الكتاب العربي-لبنان، بيروت ١٤٠٢هـ.

٧٣- الكناني، أبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون-العقد المنظم للحكام-المطبعة العامرة الشريفة-مصر-ط١ ١٣٠١هـ.

٧٤- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري-أدب القاضي- مطبعة العاني-بغداد ١٣٩٧هـ.

٧٥- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري-الأحكام السلطانية-دار الكتب العلمية-بيروت، ١٤٠٢هـ، وأيضاً دار الفكر-مصر ١٤٠٤هـ.

٧٦- المحمصاني، صبحي-النظرية العامة للموجبات والعقود-مطبعة الكشاف-بيروت ١٣٦٧هـ.

٧٧- المواق، أبو عبد الله محمد يوسف العبدري-التاج والإكليل-مطبعة السعادة-مصر، ١٣٢٨هـ.

٧٨- النفراوي-أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنى-الفواكه الدواني-طبع دار المعرفة للطباعة والنشر-لبنان، بيروت.

٧٩- النووي، أبي زكريا يحيى بن شرف الدمشقي-روضة الطالبين-مطبعة المكتب الإسلامي للطباعة والنشر-بيروت لبنان، ١٤٠٥هـ. وأيضاً مطبعة مصطفى البابي الحلبي-مصر ، ١٣٩١هـ.

٨٠- اللبناني، سليم رستم باز-شرح مجلة الأحكام العدلية-دار إحياء التراث العربي-بيروت ط٣ عام ١٤٠٦هـ.

٨١- الهيثمي، لابن حجر شهاب الدين أحمد بن حجر - الفتح المبين لشرح الأربعين - المطبعة العامره الشرفيه - القاهرة ١٣٢٠.

٨٢- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى-المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقيا والمغرب-دار الغرب الإسلامي-بيروت ١٤٠١هـ.

٨٣- المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان -الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف-مطبعة السنة المحمدية - مصر، ١٣٧٦هـ.

٨٤- بهنسي، أحمد فتحي-الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي - مصر ١٩٩١ ميلادي.

٨٥- بهنسي، أحمد فتحي-المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي - مصر ١٩١٩م.

٨٦- زهير، محمد أبي النور-أصول الفقه-مطبعة دار التأليف -مصر.

٨٧- سراج، محمد أحمد - ضمان العدوان في الفقه الإسلامي-القاهرة-مصر.

٨٨- شرف الدين، أحمد-الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - مطابع الكويت، تايمز-مطبوعات المجلس الوطني للثقافة-الكويت ١٤٠٣هـ.

٨٩- شلتوت، محمود-الإسلام عقيدة وشريعة - دار الشروق - بيروت ١٩٨٣.

٩٠- طه، أحمد-الطب الإسلامي-دار الإعتصام-القاهرة- مصر.

٩١- عليش، محمد-رفح الجليل على مختصر العلامة خليل-دار الفكر-بيروت ١٤٠٤هـ.

٩٢- فيض الله، فوزي محمد فوزي-نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام-مكتبة دار التراس-الكويت، ١٤٠٣هـ.

٩٣- هاشم، محمود محمد - القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية-عمادة شئون المكتبات جامعة الملك سعود-الرياض ١٤٠٨هـ.

ثانياً: مراجع في القانون الوضعي:

١- أبو الليل، إبراهيم-المسئولية المدنية بين التقييد والإنطلاق-دار النهضة العربية-القاهرة-مصر.

٢- أبو رحمة-إبراهيم-المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني-نقابة المحامين-مطبعة التوفيق، عمان الأردن-١٩٨٥م جـ١/ثانية.

٣- الأبراشي، حسن زكي-المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة- دار المطبوعات الجامعية، مصر-١٩٨٩م.

٤- البيه، محسن-نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية-مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٠م.

٥- الجنزوري، سمير-الأسس العامة لقانون العقوبات-القاهرة، ١٩٧٧م.

٦- الدباغ، فخري-الموت إختياراً -دار الطليعة للطباعة والنشر-بيروت،١٩٦٨م.

٧- الدسوقي، محمد إبراهيم-تقدير التعويض بين الخطأ والضرر-مصر-١٩٨٩م.

٨- السعيد، كامل-شرح قانون العقوبات الإردني والجرائم الواقعة على الإنسان - عمان الأردن، ١٩٨٨.

٩- السنهوري،عبد الرزاق-الموجز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري-دار الفكر-مصر.

١٠- السنهوري،عبد الرزاق-الوسيط في شرح القانون المدني-دار النهضة العربية-القاهرة،١٩٨١م.

١١- الشرقاوي، جميل-مصادر الإلتزام-دار النهضة العربية -مصر،١٩٧٢م.

١٢- العوجي، مصطفى- القانون الجنائي العام-مطبعة النوفل-بيروت، ١٩٨٥م.

١٣- القللي، محمد مصطفى-المسئولية الجنائية-القاهرة، ١٩٤٧م.

١٤- الهناء-مصطفى، رمسيس- القسم العام-مصر.
١٥- حسني، محمود نجيب-شرح قانون الإجراءات الجنائية -دار النهضة العربية ١٩٨٢م.
١٦- حسني، محمد نجيب-القسم الخاص في قانون العقوبات -دار النيل للطباعة-مصر، ١٩٥٥م..
١٧- حسني، محمود نجيب-النظرية العامة للقصد الجنائي-دار النهضة - مصر، ١٩٧٤م.
١٨- حسني، محمود نجيب-شرح قانون الإجراءات الجنائية-دار النهضة العربية-١٩٨٢م.
١٩- حنا، منير رياض-مسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة-مصر-١٩٨٩م.
٢٠- حوق،عبد الوهاب-دراسات متعمقة في الفقه الجنائي المقارن-مطبوعات جامعة الكويت.
٢١- خليل،عدلي-الموسوعة القانونية في المهن الطبية-مصر-ط١ ،١٩٨٩م.
٢٢- راشد،علي أحمد-مبادئ القانون الجنائي-مصر.
٢٣- زكي،محمود جمال الدين - الوجيز في مصادر الإلتزام-مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب-القاهرة،١٩٦٨م.
٢٤- سالم، عبد المهيمن بكر سالم-الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص-مطبوعات جامعة الكويت-ط١ , ١٩٧٢م.
٢٥- سرور،محمد شكري- مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد بين مجموعة محددة من الأشخاص-دار الفكر العربي-مصر ١٩٨٣م.
٢٦- سلامه،مأمون -شرح قانون العقوبات في القسم العام١٩٧٦م.

٢٧- سوار،محمد وحيد الدين-الموجز في النظرية العامة للإلتزام-مطبعة الرياض-دمشق ١٤٠٣هـ.

٢٨- شنب، محمد لبيب-خطأ الطبيب الموجب للمسئولة المدنية - مكتبة الجزاء الحديثة - مصر- المنصورة، ١٩٩٠م.

٢٩- عامر،حسين - المسئولية المدنية والعقديه والتقصيرية- مطبعة مصر- مصر- ط١، ١٣٧٦.

٣٠-عبد التواب،معوض- الوسيط في شرح جرائم القتل الجنائي-دار المشرق العربي للطباعة والنشر-القاهرة ١٩٨٨م.

٣١- عبد الستار، فوزية-النظرية العامة للخطأ غير العمدي-دار النهضة-القاهرة-١٩٧٧م.

٣٢- عبد العزيز،محمد-التجارب الطبية والعملية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان-مطبعة أبناء وهبة حسان-القاهرة-ط١ ١٩٨٩م.

٣٣- عبد الملك، جندي-الموسوعة الجنائية المجلد٣-مطبعة مصطفى البابي الحلبي-مصر ١٣٩١هـ.

٣٤- عثمان، آمال-الإدعاء المباشر، دروس على طلبة دبلوم العلوم الجنائية-حقوق القاهرة-القاهرة ١٩٧٦م.

٣٥- عوض، محمد محيى الدين-القانون الجنائي مبادئة الأساسية ونظرياته العامة-مطبعة جامعة القاهرة-القاهرة ١٩٨١م.

٣٦- قائد، اسامة عبد الله-المسئولية الجنائية للأطباء - نشر دار النهضة العربية-مصر ١٩٨٧م.

٣٧-مأمون، عبد الرشيد- علاقة السببية في المسئولية المدنية-دار النهضة العربية-القاهرة.

٣٨- محتسب بالله، بسام-المسئولية الطبية المدنية والجزائية- دار الإيمان-دمشق-بيروت ١٤٠٤هـ.

٣٩-مرعي، مصطفى-المسئولية المدنية -للأطباء والجراحين ١٩٣٦م.

٤٠-مصطفى، محمود-شرح قانون العقوبات -القسم العام-١٩٧٤م.

٤١-مصطفى، السعيد-الأحكام العامة في قانون العقوبات-مصر، ١٩٥٢م.

٤٢- منصور، محمد حسين-المسئولية الطبية-دار الجامعة الجديدة للنشر-مصر الأسكندرية.

٤٣- منصور، محمد-المسئولية الطبية-مصر.

ثالثاً:مراجع في المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

١- أبو زهرة-الشيخ محمد أحمد-الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي-دار الفكر العربي-القاهرة.

٢- إدريس، عوض أحمد - الدية بين العقوبة والتعويض-دار مكتبة الهلال-بيروت، ١٩٨٦م.

٣- إدريس، عوض أحمد-الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن-دار مكتبة الهلال-بيروت لبنان، ١٩٨٦م.

٤- التونجي، عبد السلام-مسئولية الطبيب المدنية-دراسة مقارنة-مطبعة دار المعارف-لبنان-ط١، ١٩٦٧م.

٥- الدميني، مسفر غرم الله-الجناية بن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-دار طيبة- الرياض ١٤٠٢هـ.

٦- الزحيلي، وهبه -نظرية الضمان في الفقه الإسلامي-دار الفكر-دمشق ١٤٠٢.

٧- الزرقاء، مصطفى أحمد -الفعل الضار والضمان فيه- دار القلم - دمشق ط١ ١٤٠٩هـ.

٨- السنهوري، عبد الرزاق -مصادر الحق في الفقه الإسلامي ط المجمع العلمي - بيروت ١٣٩٢هـ.

٩- جاد، سامح السيد-إثبات الدعوة الجنائية بالقرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-دار الوطن-الرياض ١٩٨٤م.

١٠- جمعة، السيد رضوان محمد - العلاقة بين الطبيب والمريض وأثارها، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر ١٤١٣هـ.

١١- حسنين، عزت-جرائم الإعتداء على سلامة الأجسام في الشرعية والقانون -مقارنة -مصر.

١٢- خضر، عبد الفتاح- الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي-مطبوعات معهد الإدارة العامة بالرياض-الرياض، ١٤٠٥هـ.

١٣- شحاته، شفيق-النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية-طبع مطبعة الإعتماد-القاهرة.

١٤- عودة، عبد القادر-التشريع الجنائي-دار الكتاب العربي-بيروت.

١٥- هاشم، محمود محمد القضاء ونظام الإثبات الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية - عمادة شؤون المكتبات جامعة الملك سعود- الرياض ١٤٠٨هـ.

١٦- هلال، هلال فرغلي - النظام الإسلامي وتعويض المضرور من الجريمة-المركز العربي للدراسات الأمنية-الرياض، ١٤١٠.

رابعاً: التراجم والمعاجم.

١- إبن العماد، عبد الحي الحنبلي شذرات الذهب في أخبار من ذهب - مكتبة المقدسي -مصر ١٣٥٠هـ.

٢- ابن خلكان، أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد أبن أبي بكر-وفيات الأعيان-مطبعة السعادة-مصر١٣٥١هـ.

٣- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب- دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٤- الزركلي، خير الدين-الأعلام-الطبعة الرابعة دار العلم للملايين ١٣٩٩هـ.

٥- رضا كحالة - معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية-مطبعة الترقي -دمشق - سوريا ١٣٧٧هـ.

٦- شهاب الدين ياقوت بن عبد الله الحموي-معجم الأدباء-دار المأمون-مصر ١٣٥٧هـ.

خامساً: المعاجم اللغوية.

١- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم -لسان العرب دار صادر ببيروت-لبنان، ١٣٧٥هـ.

٢- العدناني، محمد -معجم الأغلاط اللغوية المعاصرة- مكتبة لبنان ٩ ١٩٨م.

٣- الفيروز أبادي، مجدي الدين محمد بن يعقوب-القاموس المحيط-دار الجمل، المؤسسة العربية للطباعة والنشر-بيروت لبنان.

٤- الفيومي، أحمد بن علي المقري - المصباح المنير- دار المعارف - القاهرة ١٩٧٧م.

سادساً: المجلات والدوريات والأحكام.

١- مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي- جامعة الملك عبد العزيز-جدة-العدد الثالث ١٤٠٠هـ.

٢- مجلة الحقوق والشريعة السنة الثالثة العدد الأول ١٩٧٨م.

٣- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة- الرياض العدد الثالث ١٤٠٨هـ.

٤- المجلة الجنائية القومية العدد الثاني-المجلد السابع عشر-مصر ١٩٧٧م.

٥- مجموعة أحكام النقض المصرية الدائرة المدنية.

٦- مجلة إدارة الفتوى والتشريع (حكم محكمة التمييز الكويتيه) ١٩٨٠م.

٧- مجلة لواء مصر- س ٢٠ عدد ١٢ طب ٥٦، ٥٧.

٨- مذكرات في الأخطاء الطبية في المملكة - حسن أبو عايشه ١٣٩٩هـ.

٩- مجلة مصر، يناير ١٩٦٠م العدد ٢٩٩.

١٠- مجلة الإدارة العامة معهد الإدارة العامة بالرياض- العدد ٧٠ السنة الثلاثون ١٤١١هـ.

١١- مجلة القانون والإقتصاد-القاهرة العدد الأول.

١٢- مجلة الدعوى-الرياض العدد الثامن صادر ١٤١٢/٥/٢٩هـ.

سابعًا: المجلات والدوريات:

١- مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي - جامعة الملك عبدالعزيز -جدة- العدد الثالث ١٤٠٠هـ.

٢- مجلة الحقوق والشريعة السنة الثالثة العدد الأول ١٩٧٨م.

٣- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - الرياض العدد الثالث ١٤٠٨هـ.

٤- المجلة الجنائية القومية العدد الثاني - المجلد السابع عشر - مصر ١٩٧٧م.

٥- مجلة إدارة الفتوى والتشريع (حكم محكمة التمييز الكويتيه) ١٩٨٠م.

٦- مجلة لواء مصر - س ٢٠ عدد ١٢ طب ٥٦، ٥٧.

٧- مجلة مصر، يناير ١٩٦٠م العدد ٢٩٩.

٨- مجلة الإدارة العامة معهد الإدارة العامة بالرياض - العدد ٧٠ السنة الثلاثون ١٤١١هـ.

٩- مجلة القانون والإقتصاد - القاهرة العدد الأول.

١٠- مجلة الدعوة - الرياض العدد الثامن صادر ١٤١٢/٥/٢٩هـ.

فهرس الموضوعات

الفصل الرابع

الفصل الخامس